

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA – UFSC
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS – CCJ
DEPARTAMENTO DE DIREITO – DIR

LUIZ EDUARDO DIAS CARDOSO

**A INVESTIGAÇÃO CRIMINAL PROMOVIDA PELO MINISTÉRIO
PÚBLICO E PELA DEFESA EM FACE DO PRINCÍPIO DA PARIDADE
DE ARMAS**

Florianópolis – SC

2014

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
LUIZ EDUARDO DIAS CARDOSO

**A INVESTIGAÇÃO CRIMINAL PROMOVIDA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO E
PELA DEFESA EM FACE DO PRINCÍPIO DA PARIDADE DE ARMAS**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à banca
examinadora da Universidade Federal de Santa Catarina
como requisito parcial à obtenção do grau de bacharel em
Direito.

ORIENTADOR: PROF. DR. FRANCISCO BISSOLI FILHO

FLORIANÓPOLIS – SC

2014

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
COLEGIADO DO CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

TERMO DE APROVAÇÃO

O presente Trabalho de Conclusão de Curso, intitulado "**A investigação criminal promovida pelo Ministério Público e pela defesa em face do princípio da paridade de armas**", elaborado pelo(a) acadêmico(a) **Luiz Eduardo Dias Cardoso**, defendido em **03/12/2014** e aprovado pela Banca Examinadora composta pelos membros abaixo assinados, obteve aprovação com nota 10,0 (DEZ), cumprindo o requisito legal previsto no art. 10 da Resolução nº 09/2004/CES/CNE, regulamentado pela Universidade Federal de Santa Catarina, através da Resolução nº 01/CCGD/CCJ/2014.

Florianópolis, 3 de Dezembro de 2014



Francisco Bissoli Filho
Professor(a) Orientador(a)



Cláudio Macedo de Souza
Membro de Banca



João Marques Brandão Neto
Membro de Banca

AGRADECIMENTOS

Seria injusto iniciar os agradecimentos relativos à confecção do presente trabalho sem incluir, em primeiro lugar, o meu orientador, o Professor Dr. Francisco Bissoli Filho. Além de ser, para mim, desde a segunda fase – quando foi meu professor de Direito Penal –, um exemplo de profissional a ser seguido, bem como um professor de primeiríssima qualidade, foi o orientador que todo graduando gostaria de ter: atencioso, paciente e participativo, sempre acrescentando ao presente trabalho. Obrigado, Professor!

À minha família – Rafa, mãe e pai –, o mais carinhoso dos agradecimentos. Não quero me alongar, para não incorrer nos clichês de sempre, mas, sem vocês, nada disso teria sido possível. Obrigado pela paciência e o apoio de sempre. Ao meu avô – o vô Dirceu –, o meu muito obrigado por tão bem conseguir encarnar a figura de outros avós – vô Paulo, vó Irmã e vó Ivone – que já se foram e desempenhar com maestria essa função quádrupla.

À minha namorada, Bruna, que tanto apoio, moral e material, me deu na confecção deste trabalho. Obrigado, meu amor! Este trabalho também é teu.

A todos os meus colegas da Engenharia Jurídica: é um prazer me formar em suas companhias. Desde 2010.1, tive a honra de conviver com grandes amigos e amigas, cuja convivência tanto me fez crescer, pessoal e academicamente – afinal de contas, além de grandes amigos, vocês também são e serão grandes juristas!

Aos meus amigos de longa data, sobretudo aos do colégio: eu não lhes esqueci. Vocês têm relevante participação no meu crescimento e amadurecimento.

A todos os outros – amigos ou só conhecidos – que cruzaram o meu caminho no Centro de Ciências Jurídicas ao longo dos cinco anos em que frequentei esse mundo à parte, também devo agradecer: em especial ao pessoal que, ao meu lado, dirigiu o CAXIF durante a gestão Levante-se!; aos que compuseram a chapa DesEnvolver; aos colegas da turma 2014.1 diurno – dentre os quais destaco, por óbvio, minha amada namorada Bruna –, aos quais tive o privilégio de dar monitoria e que me ajudaram a fazer do último semestre de faculdade um período memorável; e aos integrantes da Sociedade de Debates da UFSC.

Por último, ainda em relação ao CCJ, embora não menos importante, agradeço aos professores e funcionários do CCJ com os quais tive o privilégio de conviver ao longo desses cinco anos de graduação. Dentre esses, além do Professor Francisco Bissoli Filho,

destaco o Professor Cláudio Macedo de Souza, que, em meu último semestre de faculdade, me selecionou para ser monitor de sua matéria, confiando a mim tão importante função.

Não poderia deixar de agradecer, igualmente, a todos os colegas que acompanharam meus diversos estágios. Desde o Tribunal de Contas, onde fiz meu primeiro estágio, até o Ministério Público Federal, aonde ora me encontro, passando pelos gabinetes dos Desembargadores Luiz Fernando Boller e Robson Varella, no Tribunal de Justiça, e pelo gabinete do Promotor de Justiça Rogério Ponzi Seligman. Agradeço, especialmente, aos meus colegas do atual estágio, que comigo labutam na área criminal, e que tanto me ensinam nesta apaixonante área do Direito, com destaque para o Procurador da República João Marques Brandão Néto, que, com sua experiência acadêmica e profissional, ajudou a moldar o profissional que um dia eu serei.

A todos, enfim, meu muito obrigado! Cada letra deste trabalho tem a participação indispensável de todos e de cada um de vocês. Este agradecimento é peça opcional no Trabalho de Conclusão de Curso, mas não vejo como poderia deixá-lo de fora. É, de fato, imprescindível agradecê-los.

RESUMO

O presente trabalho aborda o princípio da paridade de armas, em cotejo com a investigação criminal, sobretudo quando realizada pelo Ministério Público e pela defesa. Busca-se, ao fim, apresentar uma resposta à seguinte questão, que tem palpitado na doutrina processualista penal: a possibilidade de o Ministério Público conduzir investigações criminais redunda em violação ao princípio da paridade de armas? Trata-se, portanto, de uma análise argumentativa, orientada pelo método dedutivo, acerca das consequências da recepção e adoção da possibilidade de o *Parquet* proceder à instrução preliminar na persecução penal. Assim, o marco inicial de que se parte é a contenda doutrinária e jurisprudencial acerca da possibilidade de o Ministério Público promover investigações em matéria criminal. Nesse contexto, um dos principais argumentos levantados por aqueles que sustentam que o poder investigatório do *Parquet* não tem fundamento constitucional e tampouco legal diz respeito ao princípio da paridade de armas: entendem que tal hipótese constituiria violação ao preceito sobredito, o qual, em suma, estipula que, ao longo da persecução penal, deve haver um equilíbrio entre as partes, às quais devem ser proporcionadas oportunidades semelhantes de influir no provimento judicial ao final do processo penal. O fim deste escrito não é discutir a possibilidade de o Ministério Público promover investigações criminais. Ainda que não se ignore se tratar de discussão ainda palpitante, entende-se que a acolhida que foi manifestada por parte mais expressiva da doutrina e da jurisprudência dá sinais de que já é possível avançar para o próximo passo: discutir não mais a possibilidade de o *Parquet* promover investigações criminais, mas, sim, o modo como tal atividade se desenvolverá e as repercussões que apresenta na persecução penal. A discussão do tema é salutar, dado que a investigação criminal conduzida pelo Ministério Público, ainda que contestada, já é realidade e, mais, é fenômeno que tende a se expandir, em vista dos resultados positivos que tem proporcionado. Para tanto, recorre-se a um cotejo entre as investigações criminais realizadas pelas polícias judiciárias – o modelo ainda dominante no ordenamento jurídico nacional –, pelo Ministério Público, analisadas todas as circunstâncias que a envolvem, e, por último, pela defesa, a qual é fundamental para a manutenção da paridade de armas, em face da assunção de poderes investigatórios pela parte acusatória da ação penal. Ao final, compreende-se que, em decorrência da dinamização do princípio da paridade de armas e da possibilidade de também a defesa realizar apurações criminais, a possibilidade de o Ministério Público promover investigações criminais não resulta em violação ao princípio da paridade de armas.

Palavras-chave: investigação criminal. Ministério Público. Defesa. Polícias. Paridade de armas. Persecução penal.

ABSTRACT

This paper discusses the principle of equality of weapons, in comparison with the criminal investigation, especially when performed by the prosecution office and the defense. This paper has the goal of submitting an answer to the following question, which has heaved in criminal proceduralist doctrine: the power of criminal prosecutors to conduct criminal investigations results in violation of the principle of equality of weapons? It is, therefore, an argumentative analysis, guided by the deductive method, about the consequences of the reception and adoption of the possibility of the *Parquet* making the preliminary inquiry in criminal prosecution. Thus, the starting point is the doctrinal and jurisprudential controversy about the possibility of prosecutors carrying out investigations in criminal matters. In this context, one of the main arguments raised by those who claim that the investigative power of the *Parquet* has no constitutional basis, nor lawful, regards the principle of equality of weapons, because they argue that this hypothesis would constitute violation of the aforesaid principle, which, in short, stipulates that over the criminal prosecution, there must be a balance between the parties, to which similar opportunities to influence the court dismissed the end of criminal proceedings should be provided. The purpose of this writing is not to discuss the possibility of the prosecution office promoting criminal investigations. Although it's not possible to ignore that it is still a throbbing discussion, it is understood that the welcome which was manifested by a majority of the doctrine and jurisprudence gives signs that it is possible to proceed to the next step: no more discuss the possibility of the *Parquet* promoting criminal investigations, but rather how such activity will develop and the implications it presents in the criminal prosecution. The discussion of the topic is salutary, since the criminal investigation conducted by prosecutors, though disputed, is already a reality, and more, is a phenomenon that tends to expand, given the positive results it has provided. To this goal, we resort to a comparison between the criminal investigations conducted by the judicial police – still the dominant model in national law –, the prosecutors, analyzed all the circumstances surrounding it, and, finally, by the defense, which is fundamental to the maintenance of parity of weapons in the comparison of the assumption of powers by the investigative part of the accusatory criminal action. At the end, it is understood that, due to the dynamism of the principle of equality of weapons and

also the possibility of criminal defense performing investigations, the possibility of the prosecution promote criminal investigation does not result in violation of the principle of equality of weapons.

Key-words: criminal investigation. Prosecution Office. Defense. Polices. Parity of weapons. Criminal prosecution.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	11
2 ASPECTOS GERAIS ACERCA DA PERSECUÇÃO CRIMINAL E DA DEFESA NO PROCESSO PENAL	14
2.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS.....	14
2.2 ASPECTOS HISTÓRICOS DA PERSECUÇÃO PENAL	14
2.2.1 As relações históricas entre o processo penal e a pena	14
2.2.2 Aspectos históricos do processo penal brasileiro	18
2.2.3 As características do processo penal brasileiro.....	20
2.3 CONCEITUAÇÃO DA PERSECUÇÃO CRIMINAL	24
2.4 ETAPAS DA PERSECUÇÃO CRIMINAL.....	25
2.4.1 A divisão da persecução criminal em duas fases	25
2.4.2 A investigação criminal	26
2.4.2.1 A terminologia designadora da investigação criminal.....	27
2.4.2.2 O conceito de investigação criminal.....	28
2.4.2.3 As características da investigação criminal adotada no Brasil	29
2.4.3 A ação penal.....	32
2.4.3.1 O conceito de ação penal	33
2.4.3.2 O caráter - inquisitivo ou acusatório - da ação penal no Brasil	35
2.5 A DEFESA NO PROCESSO PENAL	36
2.5.1 O conceito de defesa	36
2.5.2 A atividade da defesa na fase probatória e judicial	37
3 O PRINCÍPIO DA PARIDADE DE ARMAS NO PROCESSO PENAL.....	40
3.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS.....	40
3.2 ASPECTOS GERAIS SOBRE O PRINCÍPIO DA PARIDADE DE ARMAS	40
3.2.1 Conceito de paridade de armas	40
3.2.2 Possibilidades de aplicação da paridade de armas.....	46
3.2.3 Formas de compensação das desigualdades de armas	49
3.2.3.1 O princípio do favor rei.....	50
3.2.3.2 O princípio do ônus da prova	51
3.2.3.3 O princípio <i>nemo tenetur se ipsum accusare</i> (direito a não se autoincriminar)	54
3.2.3.4 O princípio do estado de inocência	56
3.2.3.5 Recursos exclusivamente defensivos (embargos infringentes ou de nulidade e recurso ordinário em <i>habeas corpus</i>	59

3.2.3.6 Ações de manejo defensivo (<i>habeas corpus</i> , revisão criminal e mandado de segurança)	60
3.3 O PRINCÍPIO DA PARIDADE DE ARMAS NOS ATOS DE INVESTIGAÇÃO CRIMINAL PRELIMINAR	63
3.3.1 A coleta de indícios e provas	63
3.4 O PRINCÍPIO DA PARIDADE DE ARMAS NA REALIZAÇÃO DAS MEDIDAS CAUTELARES	66
3.5 O PRINCÍPIO DA PARIDADE DE ARMAS NOS ATOS DE INVESTIGAÇÃO CRIMINAL PROCESSUAL.....	70
3.5.1 A produção da prova.....	70
3.5.2 Nos debates	73
4 O PRINCÍPIO DA PARIDADE DE ARMAS NA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL PELO MINISTÉRIO PÚBLICO E PELA DEFESA	77
4.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS.....	77
4.2 A INVESTIGAÇÃO POLICIAL E SUAS DEFICIÊNCIAS.....	78
4.2.1 As deficiências da investigação policial em face da sua predominância no sistema processual brasileiro	78
4.2.2 Crimes frequentemente investigados pela Polícia	81
4.2.3 Crimes pouco investigados pela Polícia.....	83
4.3 A REALIZAÇÃO DE ATOS DE INVESTIGAÇÃO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO E O PRINCÍPIO DA PARIDADE DE ARMAS	86
4.3.1 O surgimento e as controvérsias sobre as funções investigatórias do Ministério Público ..	86
4.3.2 Razões da investigação criminal pelo Ministério Público	91
4.3.3 Crimes frequentemente investigados pelo Ministério Público	95
4.4 A REALIZAÇÃO DE ATOS DE INVESTIGAÇÃO PELA DEFESA E O PRINCÍPIO DA PARIDADE DE ARMAS	97
4.4.1 A possibilidade da investigação privada pela defesa	97
4.4.2 A prática investigativa nos grandes escritórios de advocacia	97
4.5 A INVESTIGAÇÃO REALIZADA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO E PELA DEFESA E O PRINCÍPIO DA PARIDADE DE ARMAS	100
4.5.1 A investigação realizada pelo Ministério Público e o princípio da paridade de armas	100
4.5.2 A investigação realizada pela defesa e o princípio da paridade de armas	101
4.5.3 O cotejo entre a investigação realizada pela defesa e a investigação realizada pelo Ministério Público	104
5 CONCLUSÃO.....	107
6 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	110

1 INTRODUÇÃO

O presente estudo monográfico trata da investigação criminal promovida pelo Ministério Público e pela defesa em face do princípio da paridade de armas e tem, como objetivo principal, investigar se essa prática investigativa pelo Ministério Público viola, ou não, o princípio da paridade de armas.

A importância da presente pesquisa decorre, sobretudo, da atualidade da discussão acerca dos poderes investigatórios do Ministério Público. Se é certo que a oposição a estes tem, paulatinamente, arrefecido, é essencial ir além do já desgastado debate, a fim de analisar e debater as repercussões práticas que a consolidação do modelo de investigação criminal ministerial produz. Assim, indaga-se se a assunção de poderes investigatórios em matéria criminal pelo *Parquet* redundaria em violação aos princípios constitucionais do processo penal com enfoque especial, no presente trabalho, ao princípio da paridade de armas. A hipótese inicialmente formulada – a resposta provisória ao problema apresentado – é a de que não há violação à igualdade de partes em situações nas quais o Ministério Público conduz as investigações criminais; assim, pretende-se, ao longo do presente trabalho, verificá-la.

O método de abordagem utilizado foi o dedutivo, uma vez que se parte de concepções mais abrangentes sobre a persecução criminal, para, com base no princípio da igualdade processual, fazer-se a constatação sobre a ocorrência, ou não, da violação do princípio da paridade de armas na prática investigativa realizada pelo Ministério Público e pela defesa no processo penal. Os métodos de procedimento foram o descritivo e o argumentativo.

A técnica utilizada foi, majoritariamente, a de pesquisa bibliográfica, aliada à pesquisa jurisprudencial, com destaque para a primeira, haja vista que o tema enfrentado é relativamente novo e, portanto, não foi alvo de discussões conclusivas de parte significativa da jurisprudência.

O presente escrito foi realizado no marco teórico da teoria processual penal, que adquiriu renovadas nuances com a Constituição Federal de 1988. Nesse contexto, os autores aos quais mais se recorre são Aury Lopes Jr. e Rogério Lauria Tucci.

O trabalho monográfico está dividido em três capítulos.

O capítulo inaugural procura apresentar uma visão prévia sobre os aspectos gerais relacionados à persecução criminal e à defesa no processo penal. Dividido em quatro

itens, pretende-se, no primeiro, realizar uma breve introdução histórica, assinalando os fins a que a persecução penal visava e outros fundamentais aspectos a esta inerente. No segundo item, busca-se discorrer sobre o conceito de persecução penal, analisada, também, a finalidade a que esta se presta e se prestou historicamente. No terceiro item, abordar-se-ão as divisões da persecução criminal: a persecução criminal *extra judicio* e a persecução criminal *in judicio*; isto é, discorrer-se-á acerca da investigação preliminar e da ação penal, de modo a se evidenciar o papel de cada qual no contexto geral da persecução penal. Por fim, no quarto item, o foco volta-se à atividade da defesa no processo penal de modo geral e às prerrogativas, direitos e garantias que lhe socorrem.

No segundo capítulo, discorre-se sobre o princípio da igualdade processual. Essa exposição está dividida em quatro itens. Abordam-se, inicialmente, aspectos gerais acerca do princípio de paridade de armas no processo penal, com especial relevo ao seu conceito, à discussão sobre a sua aplicação, ou não, na fase preliminar da persecução criminal, e às diferentes situações processuais em que se engendram mecanismos tendentes a compensar as desigualdade de partes que, circunstancialmente, porventura existam e, assim, restaurar a paridade de armas. Adiante, a aplicação do princípio da paridade de armas é analisada, isoladamente, em relação a diferentes momentos da persecução penal: versa-se, inicialmente, acerca da aplicabilidade de tal preceito na investigação criminal, que, se não é plena – em decorrência da mitigação do princípio do contraditório –, de modo algum pode ser completamente afastada, dada a sua relevância e a característica de unicidade peculiar à persecução penal; em seguida, volta-se o foco à operacionalização do princípio da paridade de armas em face da realização de medidas cautelares, seja na *persecutio criminis extra judicio*, seja na *persecutio criminis in judicio*, dadas as particularidades que tais medidas ostentam. Por derradeiro, não olvidando que também na fase judicial da persecução criminal há investigação criminal, debate-se o princípio da paridade de armas e sua atuação nessa situação processual, seja na produção da prova, seja nos debates.

O terceiro e último capítulo, dividido em quatro itens, versa, essencialmente, sobre o princípio da paridade de armas na investigação criminal realizada pelo Ministério Público e pela defesa, embora a esta discussão seja também salutar abordar a tradicional e dominante investigação policial. Assim, inicialmente, discorre-se sobre esta e sobre as suas deficiências, abrangendo tanto os crimes investigados pela Polícia quanto os crimes pouco investigados por esta. Em um segundo momento, abordar-se-ão os aspectos relacionados às investigações realizadas pelo Ministério Público em face do princípio da paridade de armas,

abrangendo tanto o surgimento e as controvérsias acerca desse modelo investigatório quanto as razões para que o *Parquet* realize atos de investigação criminal e os crimes mais frequentemente investigados por essa instituição. Adiante, analisar-se-ão os atos de investigação realizados pela defesa, igualmente em face ao princípio da paridade de armas, isto é, os atos de investigação criminal que, mais hodiernamente, vêm sendo promovidos também pelos sujeitos passivos da persecução criminal – os investigados em procedimentos administrativos, como o é o inquérito policial, e os réus de ações penais –, sobretudo quando representados por grandes escritórios de advocacia criminal; tratar-se-á, em outros termos, da investigação criminal defensiva. Ambas as descrições dos modelos investigatórios dar-se-ão em cotejo com o princípio da paridade de armas, a fim de se verificar, ao final, se é correta a hipótese acerca da qual orbita o presente trabalho, no sentido de que a assunção de poderes investigatórios pelo Ministério Público em matéria criminal não resulta em violação ao princípio da paridade de armas. O último item, portanto, se ocupará de tecer considerações finais acerca da investigação criminal promovida pelo Ministério Público e pela defesa, em confronto com a igualdade de partes, destacadas as circunstanciais desigualdades processuais e as formas de equilibrá-las, dentre as quais se insere a possibilidade de tanto sujeito ativo quanto sujeito ativo da persecução criminal promoverem apurações criminais.

2 ASPECTOS GERAIS ACERCA DA PERSECUÇÃO CRIMINAL E DA DEFESA NO PROCESSO PENAL

2.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O presente capítulo procura apresentar uma visão prévia sobre os aspectos gerais relacionados à persecução criminal e à defesa no processo penal.

Dividido o capítulo em quatro itens, pretende-se, no primeiro, realizar uma breve introdução histórica, assinalando os fins a que a persecução penal visava e outros fundamentais aspectos a este inerente.

No segundo item, busca-se discorrer sobre o conceito de persecução penal, analisada, também, a finalidade a que esta se presta e se prestou historicamente.

No terceiro item, abordar-se-ão as divisões da persecução criminal: a persecução criminal *extra judicio* e a persecução criminal *in judicio*; isto é, discorrer-se-á acerca da investigação preliminar e da ação penal, de modo a se evidenciar o papel de cada qual no contexto geral da persecução penal.

Por fim, no quarto item, o foco volta-se à atividade da defesa no processo penal de modo geral e às prerrogativas, direitos e garantias que lhe socorrem.

2.2 ASPECTOS HISTÓRICOS DA PERSECUÇÃO PENAL

2.2.1 As relações históricas entre o processo penal e a pena

Embora o presente trabalho diga respeito, essencialmente, ao direito processual penal, mister se faz uma breve digressão histórica acerca da pena, pois se pode dizer, em síntese, que o processo penal é um caminho imprescindível e inafastável para se alcançar a pena, em assertiva que equivale à máxima garantista “*nulla poena sine iudicio*”¹.

¹ Complementa Basileu Garcia: “Há estreitas relações entre o direito penal e o processo penal, muito mais estreitas do que as que existem entre o direito civil e o processo civil. Compreende-se a aplicação do direito civil sem o processo. Um contrato, por exemplo, pode ser celebrado independentemente das normas estatuídas na legislação adjetiva. Mas, quanto ao direito penal, não é possível a imposição de pena sem um procedimento criminal. O Estado jamais inflige sanções sem processo em que se observem as garantias da liberdade individual e se respeitem os direitos de defesa, em que se faça discussão em torno da causa, a fim de que seja a pena merecidamente aplicada. São, portanto, ligados indissolúvelmente o direito penal e o processo penal.”

Compreende-se, assim, que a evolução do processo penal está umbilicalmente vinculada à evolução histórica da pena.

Nessa digressão histórica, cabe perscrutar, portanto: qual o motivo da existência, desde as mais remotas tradições jurídicas, do processo penal e, de modo mais abrangente, da persecução penal? Tal questionamento vincula-se intimamente, por óbvio, à indagação dos motivos pelos quais o próprio processo penal existe.

Como se disse, a digressão, com vistas a fornecer respostas às perguntas formuladas, não se satisfaz, contudo, somente com a análise do processo penal. É necessário, ainda que brevemente, voltar a atenção à própria pena e ao direito de punir que consigo se relaciona.

Discorrendo sobre o tema, Aury Lopes Jr. observa:

A história das penas aparece, numa primeira consideração, como um capítulo horrendo e infamante para a humanidade, e mais repugnante que a própria história dos delitos. Isso porque o delito constitui-se, em regra, numa violência ocasional e impulsiva, enquanto a pena não: trata-se de um ato violento, permitida e meticulosamente. É a violência organizada por muitos contra um².

A história das penas que se pretende aqui brevemente narrar pode ser relatada, entre outras perspectivas, com o foco naqueles que as aplicaram.

Assim, Aragonese Alonso explana que a pena, primitivamente, representava reação eminentemente coletiva contra o sujeito que houvesse transgredido normas de convivência social³. Haja vista que a pena supõe, por excelência, a existência de um poder organizado – aquilo que se denomina *ius puniendi*⁴ –, afigurava-se, mais claramente, à época, a vingança, inicialmente de ordem privada, uma vez que a reação aos ilícitos penais estava nas mãos dos próprios indivíduos, e não da organização estatal. Em um segundo momento, a vingança privada foi suprimida e substituída pelo pagamento, por parte do infrator, de um valor à comunidade. Inauguralmente, o direito de aplicar essa sanção cabia a parentes da vítima; mais tarde, o Estado, em suas mais primitivas formas, passou a monopolizá-lo. E é exatamente este o marco que denota o ponto em que o monopólio da aplicação da pena pelo Estado dá azo ao surgimento do processo penal, muito embora ainda bastante incipiente. O terceiro estágio de evolução da pena, por sua vez, é marcado pela circunscrição do poder

(GARCIA, Basileu. *Da ação penal*. NUCCI, Guilherme de Souza; MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis (Org.). *Doutrinas Essenciais. Processo Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 1017.)

² LOPES Jr., Aury. *Direito Processual Penal*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 54.

³ ALONSO, Aragonese *apud* LOPES Jr., Aury. *Direito Processual Penal*. 2012. p. 55.

⁴ O *ius puniendi* traduz-se no poder-dever de punir do Estado como decorrência da prática de um fato tido como penalmente relevante, isto é, típico, antijurídico, culpável (e, para alguns autores, punível) (Nota do Autor).

estatal: a pena passa a ser o instrumento por meio do qual o Estado impõe sua autoridade, submetida esta, por sua vez, a limitações jurídicas, balizadas pelo Direito Penal e Processual Penal.

Esse terceiro estágio, marcado pelo monopólio estatal da aplicação da violência por meio das penas, é, ainda, seccionado de acordo com o caráter de que se revestia o Estado. Inicialmente absolutista, este não tinha o seu poder soberano limitado pela lei. Não havia, assim, Estado de Direito, e não era possível vislumbrar um processo penal nos moldes hoje concebidos. É, portanto, com o surgimento do Estado de Direito e com a submissão do poder soberano à lei que se delineia o processo penal e que este se faz presente como procedimento imprescindível à aplicação das penas.

Efetuada esse relato levando em consideração os responsáveis pela aplicação das penas, vale analisar a mesma narrativa sob a óptica da espécie de pena majoritariamente aplicada em cada estágio da evolução da história das penas.

Em termos históricos, desde a Antiguidade até quase o fim do século XVIII, era desconhecida a utilização da prisão com finalidades punitivas, porquanto esse instrumento se prestava, tão-somente, à custódia do acusado, em cujo corpo era impingida boa parte das penas⁵.

Nesse contexto, a prisão canônica figura como representativo e singular antecedente da prisão como hoje é concebida, porquanto ostentava características de “pena medicinal”, imposta ao pecador como forma de impor-lhe arrependimento e provocar-lhe um melhoramento pessoal.

Ainda assim, como se disse, as penas corporais prevaleciam; entre essas, havia, é claro, a pena de morte. Esta, contudo, em meados dos séculos XVI e XVII, passou a ser questionada, haja vista não apresentar nenhum resultado prático na diminuição da criminalidade. Germinou, então, na segunda metade do século XVII, quando o Estado já havia monopolizado o exercício da violência legítima, a ideia de pena privativa de liberdade como alternativa às sanções corporais – e, em especial, à pena capital –, sobretudo mediante a submissão a trabalhos forçados⁶.

Assim, a necessidade eminentemente capitalista de não desperdiçar mão-de-obra e de manipular sua utilização conforme conveniente, sobretudo em face da crescente

⁵ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. 37. ed. Petrópolis: Editora Vozes, 2009. p. 3-30.

⁶ BITENCOURT, Cêzar Roberto. *Falência da pena de prisão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992. p. 14 e ss.

massa de pobres e miseráveis com a qual a Europa dos séculos XVII e XVIII se deparava, deu força à substituição das penas corporais pela prisão-pena – e à sobreposição desta à até então predominante prisão-custódia.

No século XVIII, portanto, ganhou força a privação de liberdade como pena, a qual passa a ser a principal sanção criminal a partir do século seguinte, paulatinamente sobrepondo-se às demais até o ponto de tornar-se praticamente exclusiva – em tendência, frise-se, que vem sendo revertida nas últimas décadas⁷, sem, contudo, que seja sequer ameaçada a hegemonia das penas privativas de liberdade no mundo e, sobretudo, no Brasil, que ainda reinam absolutas – o que se evidencia pela sua crescente população carcerária.

O nascimento do processo penal, como se pode inferir, obedece a uma relação de meio – o qual se consubstancia no processo penal, ou, em perspectiva mais abrangente, na persecução penal – e fim, representado pela pena.

Em outros termos, segundo Aury Lopes Jr., a avocação do poder de punir pelo Estado faz surgir o processo penal como caminho necessário e exclusivo para o Estado imponha, legitimamente, uma pena⁸.

Rogério Lauria Tucci arremata:

Daí porque apenas por obra dos órgãos jurisdicionais da justiça criminal pode o Estado obter o reconhecimento da prevalência de seu interesse punitivo sobre o interesse de liberdade do suposto infrator de norma penal. Por outras palavras, o *ius puniendi* só se efetiva quando o Estado-Administração solicita ao Estado-juiz a aplicação do Direito Penal normativo material: *nulla poena sine iudicio*⁹.

Efetuada essa breve digressão histórica com vistas a evidenciar, bastante brevemente, a finalidade histórica da pena e a sua interação com o processo penal, cabe, agora, também, fazer uma síntese acerca do processo penal brasileiro – na realidade, sobre a persecução penal –, com enfoque, sobretudo, em sua principal lei adjetiva e no modo como aborda a investigação criminal – tema fulcral do presente trabalho.

⁷ Exemplo disso é a adoção, pelo Código Penal brasileiro de 1940, em reforma posterior à sua promulgação, de penas alternativas às sanções privativas de liberdade. (Nota do Autor).

⁸ LOPES Jr., Aury. *Direito Processual Penal*. 2012. p. 56.

⁹ TUCCI, Rogério Lauria. *Teoria do Direito Processual Penal: jurisdição, ação e processo penal (estudo sistemático)*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 80.

2.2.2 Aspectos históricos do processo penal brasileiro

O Código de Processo Penal brasileiro hoje vigente entrou em vigor em 1941 – portanto, há mais de sete décadas.

A Lei Adjetiva Penal foi elaborada em meio a um Estado manifestamente autoritário e populista e sob a vigência de uma Lei de Segurança Nacional, do ano de 1937, ditatorial na forma, no conteúdo e na aplicação, que suspendera a Constituição democraticamente promulgada três anos antes. A legislação penal e processual penal “sofreu inevitavelmente as ‘luzes’ do regime político então vigorante (1941), retratado pelo Estado Novo, de baixa – ou nenhuma – densidade democrática”¹⁰. À época, Francisco Campos, redator do Código de Processo Penal, sustentou que se impunha o ajustamento desse Código ao objetivo de maior eficiência e energia da ação repressiva do Estado contra os que delinquem. Mais precisamente, segundo esse redator,

as nossas vigentes leis de processo penal asseguram aos réus, ainda que colhidos em flagrante ou confundidos pela evidência das provas, um tão extenso catálogo de garantias e favores, que a repressão se torna, necessariamente, defeituosa e retardatária, decorrendo daí um indireto estímulo à expansão da criminalidade. Urge que seja abolida a injustificável primazia do interesse do indivíduo sobre o da tutela social.

Ao caso amolda-se, perfeitamente, a assertiva de James Goldschmidt, citado por Aury Lopes Jr. Afirma aquele que “se pode dizer que a estrutura do processo penal de uma nação é o termômetro dos elementos corporativos ou autoritários de sua Constituição”¹¹.

Há, contudo, que se ressaltar, que, embora remeta, originalmente, ao longínquo ano de 1941 – período em que, repita-se, o Brasil estava imerso em um regime ditatorial, e vigorava uma lógica inquisitória –, o Código de Processo Penal não passou incólume aos vários anos desde então decorridos: sofreu inúmeras reformas.

Paralelamente, mais de quarenta anos após a edição do Código de Processo Penal, a Constituição Federal hoje vigente foi promulgada, promovendo, após mais de duas décadas de ditadura militar, uma reviravolta axiológica ímpar na ordem jurídica nacional e

¹⁰ FELDENS, Luciano. *Tutela Penal de Interesses Difusos e Crimes do Colarinho Branco*: por uma relegitimação da atuação do Ministério Público: uma investigação à luz dos valores constitucionais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 57.

¹¹ LOPES Jr., Aury. *Direito Processual Penal*. 2012. p. 57. Assim, “a uma Constituição autoritária, corresponderá um processo autoritário, inquisitório; uma Constituição democrática impõe a democratização do processo penal, sua abertura para realização do projeto democrático lá insculpido”. (LOPES Jr., Aury; ROSA, Alexandre Moraes da. *Contraditório no Processo Penal não é amor, mas é tão complexo quanto*. Em: <<http://www.conjur.com.br/2014-jun-13/contraditorio-processo-penal-nao-amor-tao-complexo-quanto>> acesso em 14.06.2014, às 22h.)

inaugurando um novo paradigma jurídico-constitucional. Eminentemente dotada de caráter social-democrata, a nova Carta Magna instaurou um novo sistema no processo penal brasileiro, predominantemente acusatório¹². Esse contexto, aliado às mudanças sociais que o passar dos anos inexoravelmente produz, foi o fator preponderante para que o Código de Processo Penal de 1941 passasse a estar em descompasso com o processo penal projetado pela Constituição.

Nesse particular, ensina Lênio Luiz Streck que, mesmo após vinte anos após a promulgação da Carta Magna, “continuamos convivendo com um conjunto de códigos e leis substantivas anteriores à Constituição – entre os quais, talvez a maior vítima, a legislação penal e processual penal –, que não passaram por uma necessária filtragem constitucional”¹³ e que, assim, “todo o Direito infraconstitucional deve(ria) passar por uma readequação”¹⁴. Ou seja, em que pesem as inúmeras reformas realizadas desde a sua edição, o Código de Processo Penal, como a data de sua edição sugere, remanesce em completa dissonância com a Constituição Federal de 1988, fenômeno que nem mesmo as reformas realizadas após a promulgação da Lei Maior conseguiram reverter.

Parte desse fenômeno pode ser atribuída ao que parece ser uma desconfiança, por parte do legislador atual, em relação à Constituição Federal, o qual reluta em aceitar as garantias processuais e materiais asseguradas nesta há mais de 25 anos. Isso se verifica pela constatação de que, mesmo com a edição de reformas no Código de Processo Penal após 1988, estas não se prestaram a incluir no diploma aludido, harmonizando-o com os comandos constitucionais, elementos do sistema acusatório de processo penal que a Lei Maior parece buscar.

¹² “Mas, enquanto no processo civil o princípio dispositivo foi aos poucos se mitigando, a ponto de permitir-se ao juiz uma ampla gama de atividades instrutórias de ofícios [...], o processo penal caminhou em sentido oposto, não apenas substituindo o sistema puramente inquisitivo pelo acusatório (no qual se faz uma separação nítida entre acusação e jurisdição: CPP, art. 28), mas ainda fazendo concessões ao princípio dispositivo (art. 386, inc. VI).” (CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011. p. 71).

¹³ STRECK, Lênio, Prefácio, in BARROS, Flaviane de Magalhães. *(Re)forma do processo penal: Comentários críticos dos artigos modificados pela leis n. 11.690/08 e n. 11.719/08*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

¹⁴ STRECK, Lênio, Prefácio, in FELDENS, Luciano. *Tutela Penal de Interesses Difusos e Crimes do Colarinho Branco: por uma relegitimação da atuação do Ministério Público: uma investigação à luz dos valores constitucionais*. 2002. p. 4.

2.2.3 As características do processo penal brasileiro

É perceptível que a legislação infraconstitucional, no âmbito do processo penal, ainda guarda ranço marcadamente inquisitivo.

Francisco Bissoli Filho assim caracteriza o sistema inquisitório:

No sistema inquisitivo ou inquisitório, [...] o indivíduo já não é tratado como fim, não sendo, por isso, alvo da proteção estatal, mas sim como meio, passando a ser explorado o seu temor à punição. [...] Desfaz-se a figura do juiz imparcial e equidistante das partes interessadas e surge a do inquisidor, que atua defendendo os interesses do Estado [...], e, por iniciativa própria, para castigar o delinquente, deixando o acusado de ser uma pessoa digna de direitos para se transformar em objeto da persecução penal. O processo penal realiza, assim, uma função instrumental para a concretização do castigo, substituindo-se, desta forma, a ideia de justiça pela concepção autoritária e despótica do Estado de polícia [...]. Em suma, o processo inquisitivo pode ser caracterizado pela ausência de separação nítida entre o acusador e o julgador, sendo a ação penal, em regra, promovida pelo próprio inquisidor, [...] o que implica, portanto, confusão entre ação e jurisdição; o inquisidor tem, também, poderes absolutos de impulsão do processo e de produção da prova [...]¹⁵.

A propósito, vale ressaltar que o Código de Processo Penal ainda vigente enveredou pelas linhas do sistema inquisitório, ao passo que não há unanimidade na doutrina processual acerca do sistema adotado pela Constituição Federal: enquanto há autores que afirmam que a Lei Maior somente adotou a separação e a jurisdição, nada versando acerca da gestão das provas – um dos principais elementos que distingue os sistemas processuais penais –, de sorte que não haveria optado pelo sistema acusatório puro, mas pelo inquisitivo misto, outros creem que foi, sim, acolhido o sistema acusatório¹⁶.

A acerca disso, afirma Bruno Freire de Carvalho Calabrich que, “entre as democracias ocidentais, o sistema inquisitivo é hoje completamente superado, embora ainda sejam encontradiços alguns resquícios desse modelo, especialmente na legislação infraconstitucional”. Mais adiante, prossegue esse autor:

Esses resquícios, verdadeiras aberrações de um sistema, tendem a ser paulatinamente corrigidos. No Brasil, desde a promulgação da CF/88, o STF e os demais órgãos do judiciário vêm declarando a não recepção de diversos dispositivos do vetusto Código de Processo Penal. Citem-se, por exemplo, a não recepção do art.

¹⁵ BISSOLI FILHO, Francisco. *Linguagem e Criminalização: a constitutividade da sentença penal condenatória*. Curitiba: Juruá, 2011. p. 211-212. A característica do sistema inquisitório que provavelmente sobressai como a mais marcante é a mitigação ou mesmo extinção do contraditório como princípio basilar do processo penal. (Nota do Autor).

¹⁶ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 2011. p. 71. Há que se fazer ressalva para alertar que respeitáveis autores argumentam que a Constituição Federal somente adotou a separação entre a acusação e a jurisdição, deixando ao juiz, ainda, a iniciativa da produção das provas *ex-officio*, o que significa dizer que não teria recepcionado o sistema acusatório puro, mas o sistema inquisitivo misto (Nota do Autor).

531 do CPP (instauração do processo mediante portaria do juiz ou do delegado de polícia) e do art. 311 do CPP (apenas no que se refere à possibilidade da decretação de prisão preventiva de ofício pelo Juiz na fase do inquérito policial). Tampouco são absolutamente incomuns na legislação posterior à CF/88 tentativas de introdução de normas tipicamente inquisitoriais, incompatíveis, destarte, com o sistema acusatório (e.g., a previsão do “juiz investigador” para crimes cometidos por organizações criminosas, conforme previsto no art. 3º da Lei n. 9.034/95 – em 12.02.2004, o STF, no julgamento da ADI 1570, declarou inconstitucional o referido dispositivo)¹⁷.

Nesse ponto, há que se reiterar que, entre outros, o principal elemento que distingue os sistemas processuais é a gestão da prova: um, o sistema acusatório, que entrega essa gestão, somente, à acusação e à defesa, e outro, o sistema inquisitivo, em que essa gestão é partilhada com o julgador ou mesmo monopolizada por este.

Nessa senda, vê-se que a prática desafia a teoria e até mesmo a contradiz. Em tese, é uma impropriedade falar-se em sistema processual misto, haja vista que a concepção de sistema pressupõe um princípio unificador – o princípio dispositivo, para o sistema acusatório, e o princípio inquisitivo, para o sistema inquisitório¹⁸ – em torno do qual orbitam diversos outros preceitos. Contudo, a prática revela uma realidade distinta. Em decorrência da convivência entre normas constitucionais de processo penal que, se não impõem, completamente, um sistema acusatório, ao menos, lançam algumas de suas mais elementares bases – como a separação entre acusação e jurisdição –, e de normas eminentemente peculiares a um sistema inquisitório, sobretudo em relação aos poderes instrutórios que ainda são franqueados aos julgadores¹⁹, é perfeitamente possível afirmar que vigora, no Brasil, um sistema misto.

¹⁷ CALABRICH, Bruno Freire de Carvalho. *Investigação Criminal pelo Ministério Público: fundamentos e limites constitucionais*. 2006. 235 f. Dissertação (Mestrado) – Curso de Direito, Faculdade de Direito de Vitória, Vitória, 2006. p. 32

¹⁸ Cabem, aqui breves conceituações. Em síntese, o princípio dispositivo, que vigora quando presente o sistema acusatório, determina que o juiz deve julgar somente conforme os fatos afirmados e provados pelo autor e pelo réu, proibindo-se-lhe buscar fatos não alegados, cuja prova não tenha sido postulada pelas partes. Resulta disso que “o processo acusatório [...] é um processo penal de partes, em que acusador e acusado se encontram em pé de igualdade; é, ainda, um processo de ação, com as garantias da imparcialidade do juiz, do contraditório e da publicidade” (CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 2011. p. 64). Já o princípio inquisitivo, peculiar ao sistema inquisitório, opostamente, prescreve que o magistrado, em seu julgamento, vá além do requerido pelas partes, além de lhe conceder o poder de proceder de ofício e colher livremente a prova; é exatamente a iniciativa oficial em matéria probatória que o caracteriza; verifica-se, assim, que a imparcialidade da jurisdição não é assegurada pelo sistema inquisitório, “onde as funções de acusar, defender e julgar encontram enfeixadas em um único órgão: é o juiz que inicia de ofício o processo, que recolhe as provas e que, a final, profere a decisão. Na realidade, no processo inquisitório, nenhuma garantia é oferecida ao réu, transformado em mero objeto do processo” (*Idem*. p. 64). Assim como sucede com os sistemas acusatório e inquisitório de processo penal – o que é, na realidade, uma consequência –, os princípios aludidos raramente vigoram por si sós; isto é, em geral, há uma mescla entre ambos, invariavelmente constatando-se a preponderância de um sobre o outro (Nota do Autor).

¹⁹ Evidência disso, apenas a título exemplificativo, são os arts. 156, 209 e 212 do Código de Processo Penal, cuja constitucionalidade raramente é posta em cheque, embora seja evidente sua contrariedade ao sistema acusatório (Nota do Autor).

Corroborando essa afirmação, assevera João Gualberto Garcez Ramos:

Não existem mais sistemas puros, na forma clássica como foram arquitetados. Enquanto os sistemas acusatório e inquisitório são diametralmente opostos, o sistema misto [...] não apresenta, senão formalmente, as características de um verdadeiro sistema, uma vez que foi, em realidade, o produto da fusão dos outros dois, de modo que, com mais propriedade, poder-se-ia concluir que se trata de mais uma forma de administrar a justiça criminal que aproveitou elementos dos “sistemas” acusatório e inquisitório²⁰.

Apresentando os principais traços do sistema misto, assim expõe Francisco Bissoli Filho:

O sistema processual misto [...] é caracterizado pelo exercício da ação penal por um órgão estatal, o Ministério Público [...]; a situação dos sujeitos processuais é distinta na etapa da investigação ou da instrução preliminar ou preparatória, uma vez que a autoridade investigante dirige a investigação com autonomia; na fase processual, as partes podem propor provas que serão produzidas pelo juiz, que também pode produzi-las de ofício e recusá-las quando consideradas impertinentes e inúteis, sendo a valoração da prova regida pelo princípio da livre convicção; durante o julgamento, o julgador atua geralmente como um árbitro, gozando as partes de iguais direitos; o procedimento durante a investigação é escrito, com restrições à publicidade e ao contraditório, enquanto, durante a instrução definitiva e o julgamento propriamente dito, é oral, público, contraditório e contínuo.

A principal marca do sistema inquisitivo misto, como visto, não é o fato de haver a separação entre acusação e a jurisdição e o contraditório entre a acusação e a defesa, uma vez que, na perspectiva da linguagem, a existência de contraditório é importante, mas, talvez tenha menos peso. É que a gestão da prova, no sistema inquisitivo misto, ainda permanece em poder do juiz, que, no exercício desse mister, parte em busca da sua verdade [...]. Enquanto a acusação e a defesa podem aceitar ou refutar as provas, o magistrado, gestor da prova, pode ir por caminhos diversos, pois a sua soberania nesse atividade é tamanha que lhe cabe, em face dos seus pré-julgamentos, escolher os caminhos que levam à verificação ou à refutação²¹.

Cabe ressalva, nesse ponto, no sentido de que doutrina e jurisprudência têm, paulatinamente, considerado inaplicáveis muitas das normas do Código de Processo Penal, ainda que vigentes. Ao mesmo tempo, certas disposições, notoriamente inquisitivas, contidas na legislação processual penal continuam em vigência, questionadas, apenas, por parte da doutrina e da jurisprudência. É o caso, por exemplo, do artigo 385 do diploma adjetivo – legítimo exemplo de norma apropriada ao sistema inquisitivo, que contraria o já citado princípio da separação entre a acusação e a jurisdição insculpido no artigo 129, I, da Constituição Federal –, que faculta ao juiz proferir sentença condenatória mesmo que o Ministério Público houver pugnado a absolvição. Trata-se de visível ingerência do julgador na atividade acusatória do *Parquet*, cuja aplicação é ainda largamente aceita pela doutrina e pela

²⁰ RAMOS, João Gualberto Garcez. *A audiência processual penal: doutrina e jurisprudência*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996. p. 75.

²¹ BISSOLI FILHO, Francisco. *Linguagem e Criminalização: a constitutividade da sentença penal condenatória*. 2011. p. 213-214.

jurisprudência, por vezes sem que lhe sejam feitas críticas²², embora também criticada – sem, todavia, que isso implique em sua inaplicabilidade²³ –, e até mesmo completamente rechaçada²⁴, em posição doutrinária ainda menos expressiva. A jurisprudência pátria, vale dizer, entende, majoritariamente, ser aplicável o indigitado dispositivo²⁵, muito embora haja vozes dissonantes²⁶.

²² “Independência do juiz para julgar: do mesmo modo que está o promotor livre para pedir a absolvição, demonstrando o seu convencimento, fruto da sua independência funcional, outra não poderia ser a postura do magistrado. Afinal, no processo penal, cuidamos da ação penal, cuidamos da ação penal pública nos prismas da obrigatoriedade e da indisponibilidade, não podendo o órgão acusatório dela abrir mão, de modo que também não está fadado o juiz a absolver o réu, se as provas apontam em sentido diverso. Ademais, pelo princípio do impulso oficial, desde o recebimento da peça inicial acusatória, está o magistrado obrigado a conduzir o feito ao seu deslinde, proferindo-se decisão de mérito. E tudo isso a comprovar que o direito de punir do Estado não é regido pela oportunidade, mas pela necessidade de se produzir a acusação e, conseqüentemente, a condenação, desde que haja provas a sustentá-la [...] (NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal Comentado*. 12. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 385.).

²³ “[...] A escolha nacional foi no sentido da adoção do modelo da obrigatoriedade da ação penal, com o que ficou afastado o princípio do dispositivo, segundo o qual podem as partes livremente dispor do objeto da relação de direito material. E essa opção, de longa data e feita em ambiente de pouquíssimas liberdades públicas, não contraria nenhuma determinação constitucional, ao ponto de repudiar inválida a norma do art. 385, CPP. Pode-se não aderir a ela, optando-se pelo modelo da discricionariedade, com ampla concessão de poderes e faculdades ao Ministério Público, no sentido de deixar em suas mãos a política de persecução penal. Mas, repita-se, não foi essa a escolha do atual CPP e nem do constituinte de 1988 [...]. Então, embora produzida em terreno impregnado pelo obscurantismo [...], nada há que impeça a aplicação do citado art. 385, no âmbito de um modelo processual orientado pela objetividade da atuação do Ministério Público.” (FISCHER, Douglas; OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Comentários ao Código de Processo Penal e sua jurisprudência*. 5. ed., rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2013. p. 785).

²⁴ “O Ministério Público é o titular da pretensão acusatória, e, sem o seu pleno exercício, não se abre a possibilidade de o Estado exercer o poder de punir, visto que se trata de um poder condicionado. O poder punitivo estatal está condicionado à invocação feita pelo MP através do exercício da pretensão acusatória. Logo, o pedido de absolvição equivale ao não exercício da pretensão acusatória, isto é, o acusador está abrindo mão de proceder contra alguém. Como consequência, não pode o juiz condenar, sob pena de exercer o poder punitivo sem a necessária invocação, no mais claro retrocesso ao modelo inquisitivo. Portanto, viola o sistema acusatório constitucional a regra prevista no art. 385 do CPP, que prevê a possibilidade de o Juiz condenar ainda que o Ministério Público peça a absolvição. Também representa uma clara violação do Princípio da Necessidade do processo Penal, fazendo com que a punição não esteja legitimada pela prévia e integral acusação, ou, melhor ainda, no pleno exercício da pretensão acusatória. [...] Dessa forma, pedida a absolvição pelo Ministério Público, necessariamente a sentença deve ser absolutória, pois na verdade o acusador está deixando de exercer sua pretensão acusatória, impossibilitando assim a efetivação do poder (condicionado) de penar. [...] Além de violar o sistema acusatório, o contraditório e o direito de defesa, a aplicação do art. 385 é absolutamente incompatível com a pretensão acusatória, objeto do processo penal. [...] Portanto, inaplicável o art. 385 do CPP e, quando utilizado, conduz a uma grave nulidade da sentença” (LOPES Jr., Aury. *Direito Processual Penal*. 2012. p. 1095-1098.).

²⁵ “[...] 2. O fato de o Ministério Público manifestar-se pela absolvição do réu, seja em alegações finais, seja em contrarrazões de apelação, não vincula o julgador, o qual tem liberdade de decidir de acordo com o seu livre convencimento, a teor do disposto no art. 385 do Código de Processo Penal. 3. Ordem denegada. (HC 181772/SP, Rel. Ministro ADILSON VIEIRA MACABU (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RJ), QUINTA TURMA, julgado em 21/06/2012, DJe 02/08/2012); 4. A jurisprudência deste Superior Tribunal possui entendimento no sentido de que o fato de o órgão ministerial manifestar-se pela absolvição do réu, tanto em alegações finais, quanto em contrarrazões de apelação, não vincula o julgador, por força do princípio do livre convencimento motivado e, ainda, por aplicação do disposto no art. 385 do Código de Processo Penal. [...]” (STJ. HC 152128/SC, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 05/02/2013, DJe 21/02/2013)

²⁶ “EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL - USO DE DROGAS - VINCULAÇÃO DO JULGADOR - INADMISSIBILIDADE - INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 385 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL-

Contudo, a peculiaridade do sistema processual penal brasileiro – em que normas processuais penais de índole constitucional eminentemente acusatórias convivem com um vetusto Código de Processo Penal, marcadamente inquisitório – concede uma espécie de licença poética para que assim se denomine o que se encontra, hoje: um verdadeiro sistema misto.

2.3 CONCEITUAÇÃO DA PERSECUÇÃO CRIMINAL

Já se comentou sobre o processo penal e, quando a este se refere, é inevitável que se reporte à perseguição penal, que é o caminho para a busca da satisfação da pretensão punitiva do Estado, a qual surge com a prática de uma conduta típica, antijurídica e culpável (e, ainda, para alguns autores, punível). A perseguição criminal é, literalmente, portanto, consoante se depreende de sua própria etimologia – *persecutio criminis*, do latim –, a “perseguição do crime”.

Eliomar da Silva Pereira assim a sintetiza:

[...] a notícia da prática de um ilícito penal faz surgir para este [o Estado] o dever de, por meio de seus órgãos constitucional e legalmente legitimados, apurar o fato, de modo a confirmá-lo, ou não, e de promover a ação penal correspondente, se for o caso, a fim de que seja proferida (pelo Estado-Juiz) uma decisão de mérito, condenando ou absolvendo o imputado. A esse conjunto de atividades dá-se o nome de perseguição penal (ou perseguição criminal) ²⁷.

RECURSO DESPROVIDO. 1- O juiz poderá proferir sentença condenatória nos crimes de ação pública ainda que o Ministério Público tenha opinado pela absolvição. 2- Recurso provido. V.V. PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO APRESENTADO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO EM ALEGAÇÕES FINAIS - VINCULAÇÃO DO JULGADOR - SISTEMA ACUSATÓRIO - ABSOLVIÇÃO DECRETADA. I - Deve ser decretada a absolvição quando, em alegações finais do Ministério Público, houver pedido nesse sentido, pois, neste caso, haveria ausência de pretensão acusatória a ser eventualmente acolhida pelo julgador. II - O sistema acusatório sustenta-se no princípio dialético que rege um processo de sujeitos cujas funções são absolutamente distintas, a de julgamento, de acusação e a de defesa. O juiz, terceiro imparcial, é inerte diante da atuação acusatória, bem como se afasta da gestão das provas, que está cargo das partes. O desenvolvimento da jurisdição depende da atuação do acusador, que a invoca, e só se realiza validade diante da atuação do defensor. III - Afirma-se que, se o juiz condena mesmo diante do pedido de absolvição elaborado pelo Ministério Público em alegações finais está, seguramente, atuando sem necessária provocação, portanto, confundindo-se com a figura do acusador, e ainda, decidindo sem o cumprimento do contraditório. IV - A vinculação do julgador ao pedido de absolvição feito em alegações finais pelo Ministério Público é decorrência do sistema acusatório, preservando a separação entre as funções, enquanto que a possibilidade de condenação mesmo diante do espaço vazio deixado pelo acusador, caracteriza o julgador inquisidor, cujo convencimento não está limitado pelo contraditório, ao contrário, é decididamente parcial ao ponto de substituir o órgão acusador, fazendo subsistir uma pretensão abandonada pelo Ministério Público.” (TJMG. Apelação Criminal 1.0079.12.033201-4/001, Relator(a): Des.(a) Alexandre Victor de Carvalho, 5ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 13/08/2013, publicação da súmula em 21/08/2013).

²⁷

PEREIRA, Eliomar da Silva. *Investigação Criminal: uma introdução jurídico-científica*. São Paulo: Editora Almedina, 2011. p. 43.

Em outras palavras, e de maneira bastante sintética, é possível dizer que a persecução penal consiste no caminho (o percurso) transcorrido pelo Estado para que, no exercício de seu direito de punir no caso concreto – isto é, na satisfação da pretensão punitiva –, possa aplicar, legitimamente, uma sanção penal²⁸ àquele que cometeu uma infração criminal.

2.4 ETAPAS DA PERSECUÇÃO CRIMINAL

2.4.1 A divisão da persecução criminal em duas fases

A persecução penal, ou *ius persecuendi*²⁹, divide-se em duas fases. A investigação preliminar, que consiste no objeto central do presente escrito, e a fase pré-processual – por isso, *persecutio criminis extra iudicio* –, realizada quando necessária.

Por seu turno, o processo penal – compreendido em seu sentido estrito, e diferenciado, portanto, do direito processual penal³⁰ – situa-se na fase judicial da persecução penal (*persecutio criminis in iudicio*) e se materializa mediante o direito-dever de o Estado, por meio do Ministério Público – o órgão ao qual cabe, dentre outras incumbências, a acusação no processo criminal –, promover a ação penal pública. Aquele é, assim, segundo o princípio da necessidade, o caminho necessário para alcançar-se a pena.

Esse breve introito pode ser exprimido em palavras alternativas, como estas, da lavra de Rogério Lauria Tucci:

A respeito do *ius persecuendi* ou *ius persecutionis*, assere que consiste no poder de promover a perseguição do indigitado autor da infração penal até o momento em que lhe seja imposta, definitivamente, com o trânsito em julgado da correspondente

²⁸ Oportunamente, cabem algumas palavras acerca da expressa “sanção penal”, fundamentais à compreensão do presente trabalho: “A expressão sanção penal [...] designa a consequência jurídica passível de ser imposta pela prática de uma conduta lesiva da norma penal, estando, pois, essa categoria relacionada com a finalidade sancionatória do direito penal [...]. Muitas vezes não é utilizada, preferindo muitos estudiosos o uso do termo pena. Todavia, nem todas as consequências ou respostas que podem ocorrer em face da prática de uma infração penal são penas, sendo necessário, por isso, buscar um conceito genérico que abrigue não somente estas, mas também as medidas de segurança, os efeitos penais secundários e as sanções penais consensuais [...]” (BISSOLI FILHO, Francisco. *Linguagem e Criminalização: a constitutividade da sentença penal condenatória* 2011. p. 191 e 193.)

²⁹ PEREIRA, Eliomar da Silva. *Investigação Criminal: uma introdução jurídico-científica*. 2011. p. 4.

³⁰ Vale aclarar que “a locução processo penal é, assim, empregada *stricto sensu*, distinguindo-se, portanto, de seu mais largo significado, qual seja o designativo de Direito processual Penal como complexo de princípios, regras e leis disciplinadoras da atuação dos agentes do Poder Judiciário e seus auxiliares, na administração da justiça criminal.” (TUCCI, Rogério Lauria. *Teoria do Direito Processual Penal: jurisdição, ação e processo penal (estudo sistemático)*. 2002. p. 169)

sentença condenatória, a sanção em lei prescrita para a prática criminosa ou contravencional cuja coibição é por ela colimada.

E exterioriza-se na persecução penal (*persecutio criminis*), consubstanciada numa atuação de agentes estatais destinada à verificação da existência material da infração penal e da culpabilidade de seu autor, para consequente aplicação das normas de Direito Penal material ao caso concreto; e dividida no sistema processual penal vigente no Brasil em duas distintas fases, a saber:

a) a primeira, pré-processual – administrativa na forma e na substância, e judiciária no tocante à sua finalidade – denominada investigação criminal (*informatio delicti*), e efetuada, em regra, por órgãos da Administração Pública, especialmente [e não exclusivamente, frise-se] a Polícia Judiciária. [...]

b) a outra, de instrução criminal, e correspondente, propriamente, à ação penal [...], que culmina, como antes ressaltado, com a imposição de sanção (pena ou medida de segurança) ao infrator perseguido e tido como culpado, ou com a absolvição do inocente³¹.

A persecução penal, conquanto composta por duas etapas, conforme afirma Edson Luis Baldan, com esteio na lição de José Frederico Marques: “é, em si, una, indivisível. Daí que [...] a cláusula do devido processo legal deva ungir a ação estatal durante esse todo indivisível”³².

Em breves palavras acerca da persecução criminal, pode-se dizer que é somente com a propositura da ação penal que se torna possível a instauração do processo penal, podendo – e geralmente sendo – aquela ser precedida de uma fase de pesquisas, ou *informatio delicti*, em que se colhem os dados necessários para ser requerida a imposição da pena.

No processo penal – em seu sentido mais abrangente, como “direito processual penal” –, em geral, exerce-se a jurisdição, embora esta seja una, em relação a diferentes especificidades; há, assim, a jurisdição instrutória, a jurisdição decisória e a jurisdição executiva.

A seguir, analisar-se-ão, portanto, de modo individualizado, a investigação criminal e a ação penal, correspondentes, respectivamente, às jurisdições instrutória e decisória.

2.4.2 A investigação criminal

No presente ponto, discorrer-se-á – ainda que brevemente, porquanto há outro capítulo, adiante, especificamente voltado à exposição do tema – acerca da investigação

³¹ TUCCI, Rogério Lauria. *Teoria do Direito Processual Penal: jurisdição, ação e processo penal (estudo sistemático)*. 2002. p. 166-167.

³² BALDAN, Edson Luis. *Investigação Defensiva*. p. 455.

preliminar ou *persecutio criminis extra judicio*, com enfoque no lugar em que ocupa na persecução criminal.

2.4.2.1 A terminologia designadora da investigação criminal

De modo precedente a considerações acerca da investigação criminal em si, é cabível um adendo concernente à terminologia adotada, porquanto relativa ao cerne deste trabalho.

Embora as expressões “investigação criminal” e “instrução preliminar” sejam sinônimas e designem o mesmo momento da persecução penal – pré-processual –, ressalta-se que há autores que preferem “instrução preliminar” a “investigação criminal”. Nessa linha de entendimento, explana Aury Lopes Jr.:

O termo que nos parece mais adequado é o de instrução preliminar. O primeiro vocábulo – instrução – vem do latim *instruere*, que significa ensinar, informar. Serve para aludir ao fundamento e à natureza da atividade levada a cabo, isto é, a apuração de dados fáticos e elementos de convicção que possam servir para formar a *opinio delicti* do acusador e justificar o processo ou o não-processo. Ademais, faz referência ao conjunto de conhecimentos adquiridos, no sentido jurídico de cognição. Também reflete a existência de uma concatenação de atos logicamente organizados: um procedimento. Para uma análise de sistemas abstratos e concretos de diversos países, o melhor é utilizar o termo instrução que investigação, não só pela maior abrangência do primeiro (pois pode referir-se tanto a uma atividade judicial – juiz instrutor – como também a uma sumária investigação policial), mas também porque poderia ser apontada uma incoerência lógica falar em investigação preliminar quando não existe uma investigação definitiva, ao passo que a uma instrução preliminar corresponde uma definitiva, levada a cabo na fase processual. Ao vocábulo instrução devemos acrescentar outro – preliminar – para distinguir da instrução que também é realizada na fase processual. Também servirá para apontar o caráter prévio com que se realiza a instrução, diferenciando sua situação cronológica. Etimologicamente, o vocábulo preliminar vem do latim – prefixo *pre* (antes) e *liminaris* (algo que antecede, de porta de entrada) – deixando em evidência seu caráter de ‘porta de entrada’ do processo penal e a função de filtro para evitar acusações infundadas.

Sem embargo, no Brasil, é tradicional o emprego de investigação criminal para indicar a *persecutio criminis extra judicio*. A doutrina brasileira prefere utilizar investigação, reservando instrução para a fase processual [embora também nesta as partes realizem investigações] A nosso juízo, o termo instrução pode ser utilizado, desde que acompanhado do adjetivo preliminar, evitando assim qualquer confusão com a instrução definitiva realizada na fase processual³³.

Assim, conquanto sustentada a maior precisão terminológica da expressão “instrução preliminar”, utilizar-se-ão tanto esta quanto “investigação criminal” indistintamente, observada a tradição do direito brasileiro na adoção desta última.

³³ LOPES Jr., Aury. *Sistemas de investigação preliminar no processo penal*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 34.

Ademais, é fundamental para a compreensão do presente trabalho a diferenciação entre a instrução preliminar, que se realiza na fase extra judicial da persecução penal e se presta, basicamente, a fornecer elementos de convicção ao titular da ação penal, e a instrução realizada na fase processual, que se realiza perante o julgador, justamente com vistas a fornecer-lhe elementos de convicção.

Após essas breves considerações acerca da terminologia utilizada no presente trabalho, faz-se necessário, de início, conceituar a investigação criminal.

2.4.2.2 O conceito de investigação criminal

De modo genérico, investigação consiste na indagação metódica e continuada a respeito de certa ocorrência; etimologicamente, *investigatione* (*in* + *vestigius* + *actio*) designa “ação dirigida sobre o rastro”³⁴.

A investigação criminal ou *persecutio criminis extra iudicio*, mais especificamente, é o conjunto de providências que visam à elucidação de um fato e ao provimento de indícios de autoria e materialidade ao *dominus litis* – o titular da ação penal –, para que, julgando conveniente, no caso da ação penal privada, ou observando o princípio da obrigatoriedade, no caso da ação penal pública, dê início ao processo penal, isto é, à fase jurisdicional da persecução penal.

Em outras palavras, Aury Lopes Jr. e Ricardo Gloeckner asseveram que “a investigação preliminar serve – essencialmente – para averiguar e comprovar os fatos constantes na *notitia criminis*, isto é, a autoria e a materialidade”³⁵.

Bruno Freire de Carvalho Calabrich, por sua vez, acentua que “[...] investigação criminal pode ser definida, resumidamente, como a atividade pré-processual de produção e colheita de elementos de convicção (evidências) acerca da materialidade e da autoria de um fato criminoso” e, mais adiante, a define como “[...] sequência de atos preliminares direta ou indiretamente voltados à produção e à colheita de elementos de convicção e de outras informações relevantes acerca da materialidade e autoria de um fato criminoso”³⁶.

³⁴ PEREIRA, Eliomar da Silva. *Investigação Criminal: uma introdução jurídico-científica*. 2011. p. 4.

³⁵ LOPES Jr., Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Investigação Preliminar no Processo Penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 171.

³⁶ CALABRICH, Bruno Freire de Carvalho. *Investigação Criminal pelo Ministério Público: fundamentos e limites constitucionais*. 2006. p. 44-46

Já para Francesco Carnelutti, a investigação criminal visa à exclusão de uma imputação aventurada, e não à comprovação da prática de um ilícito, muito embora se preste a fornecer subsídios para que o *dominus litis* exerça, ou não, o seu direito-dever (considerado o princípio da obrigatoriedade) de acusar³⁷. Na realidade, sob essa perspectiva, o objeto da investigação criminal sequer é, propriamente, um ilícito – muito embora possa vir a sê-lo; é, ao revés, um fato.

2.4.2.3 As características da investigação criminal adotada no Brasil

Inapelavelmente, no que tange ao modelo de investigação criminal adotado no Brasil, o Código de Processo Penal de 1941 primou pela investigação policial, que se consubstancia e se materializa no inquérito policial. Francisco Campos, redator do citado diploma, sustentou, na exposição de motivos que antecede o texto da norma, que o modelo fora eleito tendo em vista a dimensão continental do território brasileiro, o que o aludido jurista considerou óbice intransponível à adoção dos modelos de investigação judicial e a cargo do Ministério Público, fator que tornaria a investigação policial a escolha mais sensata no que tange ao modelo de instrução preliminar.

Nesse modelo de instrução preliminar predominantemente policial, a investigação se materializa, em regra, no inquérito policial. Trata-se de procedimento escrito, formal, facultativo e inquisitivo – essa última característica se deve ao fato de não vigorar, em seu bojo, o princípio do contraditório em sua plenitude. Ressalva-se que, embora a fase de investigação preliminar seja inquisitória, tal inquisitorialidade não afasta o direito de defesa, de sorte que se deve, na medida do possível, franquear ao investigado o exercício do direito ao contraditório.

Importante marca da investigação criminal brasileira é o fato de ser administrativa, o que implica no afastamento, nessa primeira fase da persecução penal, do exercício de jurisdição – embora possa ser esta exercida excepcionalmente, em face, por exemplo, das cláusulas de reservas de jurisdição –, que só vem a ser desempenhada na fase processual da *persecutio criminis*.

Para além desses caracteres, contudo, os inquéritos policiais brasileiros têm sido alvo de contundentes críticas por parte da doutrina processualista penal brasileira, que

³⁷ CALABRICH, Bruno Freire de Carvalho. *Investigação Criminal pelo Ministério Público: fundamentos e limites constitucionais*. 2006. p. 51.

serão aprofundadas adiante. Seja pelo seu modelo excessivamente burocrático – o que se evidencia, por exemplo, na lenta tramitação do procedimento entre autoridade policial, Poder Judiciário e Ministério Público –, argumenta-se ser sede de violações diuturnas dos direitos dos investigados e indiciados, além de apresentar pouca efetividade na elucidação de muitos crimes.

Contudo, ainda que haja críticas à investigação policial no Brasil, é absolutamente inquestionável que o modelo de investigação policial foi referendado pela Constituição Federal, em seu artigo 144, parágrafo 1º, inciso I³⁸, de sorte a corroborar o artigo 4º da Lei Adjetiva Penal³⁹. Todavia, se o atual modelo constitucional assegura à investigação criminal um caráter usualmente policial, não restringe essa função às Polícias. A investigação criminal, portanto, passou a não mais ser atribuição privativa da Polícia; no novo cenário processual penal, a instrução preliminar passou a ser função cujo desempenho é permitido a outros órgãos, tais como auditorias internas de órgãos públicos, comissões parlamentares de inquérito, inquéritos civis que apuram improbidade administrativa, procedimentos apuratórios do Ministério Público, comunicações de operações financeiras suspeitas pelo Conselho de Controle de Atividades Financeiras (COAF) e pelo Banco Central. São, enfim, diversas as possibilidades de apuração da prática criminosa que cumprem a finalidade de uma investigação criminal.

A esse respeito, assere Hassan Choukr:

Pela leitura do texto constitucional parece claro que não existe a indicação de monopólio investigativo às instituições policiais. [...] Quando se afirmou a “revolução copérnica” do direito processual penal a partir da leitura constitucional, estava-se tentando demonstrar que o sistema processual penal instaurado pela Constituição exige compreensão diferenciada dos papéis dos órgãos públicos encarregados da persecução [...] ⁴⁰.

³⁸ “Art. 144. A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos: [...] § 1º A polícia federal, instituída por lei como órgão permanente, organizado e mantido pela União e estruturado em carreira, destina-se a: I - apurar infrações penais contra a ordem política e social ou em detrimento de bens, serviços e interesses da União ou de suas entidades autárquicas e empresas públicas, assim como outras infrações cuja prática tenha repercussão interestadual ou internacional e exija repressão uniforme, segundo se dispuser em lei; [...]”

³⁹ “Art. 4º A polícia judiciária será exercida pelas autoridades policiais no território de suas respectivas circunscrições e terá por fim a apuração das infrações penais e da sua autoria.”

⁴⁰ CHOUKR, Fauzi Hassan. *Garantias Constitucionais na Investigação Criminal*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 184.

Acerca do mesmo tema – a alegada exclusividade na realização de investigação criminal conferida à polícia judiciária, cuja atividade não se limita e sequer corresponde exclusivamente àquela⁴¹ –, arrematam Aury Lopes Jr. e Ricardo Jacobsen Glockner:

Não dispôs a Constituição que a polícia judiciária tenha competência exclusiva para investigar, pois o art. 144, §§ 1º, I, e 4º, simplesmente preveem que a Polícia Federal e a Civil deverão exercer as funções de polícia judiciária, apurando as infrações penais. Não existe *exclusividade* dessa tarefa, inclusive porque quando pretendeu estabelecer a *exclusividade* de competência o legislador o fez de forma expressa e inequívoca⁴².

Assim, por mais que ressaia como principal instrumento investigatório na tradição jurídica brasileira, o inquérito policial não ostenta exclusividade nessa posição. É dizer: além das Polícias Federal e Civil – as polícias judiciárias, às quais a Constituição Federal entregou a incumbência de promover investigações criminais –, há outros órgãos que, promovendo as diligências investigatórias que lhes são franqueadas, acabam por realizar investigações criminais.

Não se deve olvidar, ainda, que a abordagem sobre a investigação, concebida esta como etapa da persecução penal, na qual são relativizados alguns direitos e garantias, segundo Edson Luis Baldan, “remete à questão dos direitos e garantias constitucionais do cidadão, que não pode ser tratado sob o prisma errôneo da prevalência do interesse coletivo sobre o individual, somente admissível nos domínios do direito civil ou administrativo”⁴³.

Outro ponto relevante acerca da posição que a investigação criminal ocupa na persecução criminal é o seu caráter facultativo, fundamental para que a prevalência do modelo de investigação policial venha sendo atenuada; ou seja, a instrução preliminar, cujo fim precípua é fornecer elementos de convicção ao membro do Ministério Público ou para o autor da ação penal privada, não é elemento necessário à proposição da ação penal. Em outras palavras: enquanto esta – a *persecutio criminis in judicio* –, em decorrência do princípio da necessidade, é indispensável à persecução do crime e à aplicação do *ius puniendi*, a investigação prévia é prescindível, a juízo do *Parquet*, contanto este conte com elementos de

⁴¹ Há que se ressaltar que, consoante assentado em julgamento do Superior Tribunal de Justiça, há distinção entre a função de Polícia Judiciária e a atribuição investigatória: “Essa função de polícia judiciária – qual seja, a de auxiliar do Poder Judiciário –, não se identifica com a função investigatória, qual seja, a de apurar infrações penais, bem distinguidas no verbo constitucional, como exsurge, entre outras disposições, do preceituado no parágrafo 4º do artigo 144 da Constituição Federal [...]” (STJ; Recurso Especial: 2001/0191236-6; DJ DATA: 15/12/2003 PG:00413; Relator: Min. HAMILTON CARVALHIDO) (Nota do Autor).

⁴² LOPES Jr., Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Investigação Preliminar no Processo Penal*. p. 250. Frise-se que nesse exato sentido já se manifestou o STF (ADIn 1.517/DF, rel. min. Mauricio Corrêa, Informativo STF, n. 71).

⁴³ BALDAN, Edson Luis. *Investigação Defensiva*. 2013. p. 455.

convicção outros – seja uma notícia-crime ou investigações realizadas por outros órgãos estatais, a título ilustrativo.

Sob essa óptica, destaca-se a investigação preliminar por sua autonomia, evidenciada pela desnecessidade de a apuração criminal vincular-se a um processo judicial e, por outro lado, por não levar, obrigatoriamente, à instauração de uma ação penal ⁴⁴.

Ressaltando as características do inquérito policial, enuncia Andreas Eisele:

Essencialmente, o inquérito policial [bem como procedimentos investigatórios adotados por outros órgãos] possui finalidade informativa, motivo pelo qual é, inclusive, dispensável para oferecimento da denúncia, quando o titular possuir os elementos indiciários suficientes a caracterizar justa causa para sua propositura (indícios de autoria e materialidade mínimos necessários a embasar o pedido com segurança).

[...]

Tradicionalmente, afirma-se que a investigação criminal, por se materializar em procedimento administrativo meramente informativo, dispensa a observância do direito ao contraditório e à ampla defesa com garantias ao investigado ou ao indiciado ⁴⁵.

Constata-se, portanto, que a formação da *opinio delicti* por parte do titular da ação penal independe de qualquer investigação criminal precedente, embora esta seja, em regra, utilizada como o primeiro passo dado pelo Estado com vistas à aplicação de seu *ius puniendi*. Se lograr êxito em demonstrar a justa causa para a ação penal – entendida esta como mínimo lastro probatório de autoria e materialidade (fundamentação fática) e como adequação do fato a um tipo penal incriminador (fundamentação jurídica) –, o Ministério Público ou a parte legitimada para a ação penal privada podem muito bem propô-la sem que haja se servido de qualquer forma de instrução preliminar. Trata-se, é verdade, de hipótese incomum, mas perfeitamente concebível e aceita pelo direto processual penal.

2.4.3 A ação penal

Após, brevemente, discorrer-se acerca da primeira das etapas da persecução penal, volta-se a atenção, agora, à etapa subsequente: a *persecutio criminis in iudicio*, que se consubstancia na ação penal.

⁴⁴ BISSOLI FILHO, Francisco. *Linguagem e Criminalização: a constitutividade da sentença penal condenatória*. 2011. p. 226.

⁴⁵ EISELE, Andreas. *Crimes contra a ordem tributária*. 2. Ed. São Paulo: Editora Dialética, 2002. p. 227.

2.4.3.1 O conceito de ação penal

Rogério Lauria Tucci define a ação, – fazendo-o, genericamente, sem referir-se somente à de índole penal –, como exercício do direito à jurisdição⁴⁶.

A ação penal, por sua vez, é conceituada pelo mesmo autor como o exercício do direito de reclamar do Poder Judiciário, mediante atuação de um de seus agentes – juízes e tribunais –, a aplicação do Direito Penal normativo material. O jurista complementa a definição de ação penal, conceituando-a como ação correspondente ao exercício do direito à jurisdição criminal, para reconhecimento ou satisfação, da prevalência, enfim, do *ius puniendi* estatal ou *ius libertatis* do ser humano envolvido numa *persecutio criminis*⁴⁷.

Corresponde a ação penal, sob esse prisma, a uma das fases da *persecutio criminis*, por via da qual, perseguindo o suposto autor de infração penal, o Estado visa ao reconhecimento do *ius puniendi*, ou seja, da prevalência do interesse punitivo sobre o *ius libertatis* do perseguido.

A ação penal, como fase judicial da persecução criminal – ou, em outras palavras, como *persecutio criminis in iudicio* –, instrumentaliza-se no processo penal, pois é definida como o conjunto de procedimentos que se revela em instrumento de preservação da liberdade jurídica do acusado em geral.

O processo, pois, tutela a liberdade jurídica dos acusados, tornando-se, dessa maneira,

[...] uma ordenação limitadora do poder do Estado em favor do indivíduo acusado, numa espécie de Magna Carta dos direitos e garantias individuais do cidadão. Pois o Estado, protegendo o indivíduo, protege-se a si próprio contra a hipertrofia do poder e os abusos no seu exercício⁴⁸.

Nessa senda, Edson Luis Baldan assevera que:

[...] o processo penal não é um instrumento de arbítrio do Estado. É, ainda, poderoso meio de contenção e delimitação dos poderes de que dispõem os órgãos incumbidos da persecução penal. É um círculo de proteção delineado em torno da pessoa do réu⁴⁹.

Não é só, contudo. Outra finalidade do processo penal, a par da tutela jurídica da liberdade dos acusados, surge na garantia da sociedade contra a prática de atos penalmente

⁴⁶ TUCCI, Rogério Lauria. *Teoria do Direito Processual Penal: jurisdição, ação e processo penal (estudo sistemático)*. 2002. p. 8

⁴⁷ TUCCI, Rogério Lauria. *Teoria do Direito Processual Penal: jurisdição, ação e processo penal (estudo sistemático)*. 2002. p. 80, 83.

⁴⁸ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Processual Penal*. Coimbra: Coimbra, 1974. p. 64.

⁴⁹ BALDAN, Edson Luis. *Investigação Defensiva*. 2013. p. 456.

relevantes, pelo indivíduo, em detrimento de sua estrutura; engloba, assim, a possibilidade da reparação do dano, nascente na infração penal.

Apresenta-se o processo, sob essa óptica, como o necessário e indispensável instrumento mediante o qual toda atividade compreendida na ação judiciária se desenvolve – um instrumento técnico, público, político e ético de distribuição de justiça.

Em outras palavras, vale dizer que o processo penal, conjunto de procedimentos que instrumentaliza a ação penal, é, conforme axioma garantista (“*nulla culpa sine iudicio*”), indispensável ao exercício do *ius puniendi* – tal assertiva corresponde ao já mencionado princípio da necessidade e à indispensabilidade do processo penal.

Quanto à íntima relação entre ação e processo, constata-se que aquela se efetiva por meio deste, o qual, por sua vez, materializado no procedimento, se externa como um conjunto de atos, realizados, sucessiva e coordenadamente, pelo Poder Judiciário, a propósito da solução de um conflito de interesses de alta relevância social: o próprio processo penal.

A compreensão da ação penal, outrossim, depende das seguintes distinções: deve-se ter em mente, inicialmente, o poder de punir, que é o poder que decorre da legitimidade de que goza o Estado para estabelecer, por meio da lei penal, os limites da criminalização, em face do monopólio da violência; assim, estabelecidas, nas leis penais, as condutas e as sanções penais, surge o direito de punir do Estado, que é abstrato e que deve ser exercido dentro dos limites legais previstos. Com a prática de uma conduta típica, surge a pretensão punitiva do Estado, que é o direito de punir no caso concreto, isto é, a possibilidade de se deflagrar uma persecução criminal, desde que presente punibilidade, que é a possibilidade de se impor uma sanção penal. A pretensão punitiva, assim, satisfaz-se por meio da persecução criminal, a qual é composta da investigação preliminar – a persecução criminal *extra iudicio* – e da acusação – a persecução penal *in iudicio*. A ação penal, por fim, é composta da acusação – a parte ativa daquela – e da defesa, que é a sua parte passiva⁵⁰, e é

⁵⁰ Acerca do mesmo tema, manifesta-se Francisco Bissoli Filho: “A persecução penal compreende as relações jurídicas ativas da ação penal, ou seja, as atividades que, inseridas no âmbito do direito de punir do Estado, destinam-se a satisfazer a sua pretensão punitiva diante do fato concreto, uma vez que, [...] ao descrever os tipos penais, cominar as penas e definir os institutos afins, a lei penal cria o direito objetivo, atribuindo ao Estado o direito subjetivo de punir os possíveis transgressores da lei penal, impondo, por essa forma, a obediência, o respeito à lei penal. No entanto, esse direito de punir, inicialmente abstrato e indistinto, pois visa aos possíveis infratores da lei penal, modifica-se em relação aos seus reais infratores, transformando-se num direito concreto, atual e efetivo de punir; direito esse que passa a ser denominado pretensão punitiva [...]. Uma vez praticado o fato tido como delituoso, o direito de punir do Estado, antes abstrato, hipotético e potencial, passa a ter existência concreta e efetiva, a fim de ser submetido o agente à pena prevista em lei. A pretensão punitiva decorre do direito concreto de punir que surge para o Estado após a prática do delito” sendo, pois, a

exatamente o paralelismo entre acusação e defesa “que assegura aos dois sujeitos do contraditório instituído perante o juiz a possibilidade de exercerem todos os atos processuais aptos a fazer valer em juízo seus direitos e interesses e a condicionar o êxito do processo”⁵¹.

2.4.3.2 O caráter – inquisitivo ou acusatório – da ação penal no Brasil

Ainda sobre a ação penal, impõe verificar que, se o caráter da investigação criminal é, como já assinalado, notoriamente inquisitivo, o mesmo não se pode dizer da ação penal, que se realiza, procedimentalmente, sob forma acusatória.

Trata-se de exigência decorrente da própria Constituição Federal, a qual consagrou princípios e padrões especialmente peculiares ao sistema acusatório, como, por exemplo, a duplicidade de direitos – de acusar e de punir – realizados pelo Estado na ação penal pública.

No entanto, ainda que a Constituição haja promovido uma revolução jurídica ímpar no direito brasileiro, remanesce um ranço inquisitório em toda a persecução penal. Trata-se de característica que abala, sobretudo, a fase da instrução preliminar, consoante já se asseverou.

A esse respeito, assevera Jacinto Nelson de Miranda Coutinho:

A questão é tentar o quase impossível: compatibilizar a Constituição da República, que impõe um Sistema Acusatório, com o Direito Processual Penal brasileiro atual e sua maior referência, o CPP de 41, cópia mal-feita do *Codice Rocco*, de 30, da Itália, marcado pelo princípio inquisitivo nas duas fases da *persecutio criminis*, logo, um processo penal regido pelo Sistema Inquisitório⁵².

Como se extrai do excerto doutrinário supra, a fase judicial da persecução criminal não se salva de certa inquisitorialidade. Basta observar que diversos dispositivos do Código de Processo Penal passaram a ser absolutamente repudiados pela doutrina e pela jurisprudência. Ainda assim, verifica-se não ter se dado por completo a necessária oxigenação constitucional da legislação processual penal e da leitura que sobre esta é realizada.

exigência de que o *ius puniendi* do Estado prevaleça sobre o direito de liberdade do autor da infração penal, com a sujeição deste à pena cabível na espécie” (BISSOLI FILHO, Francisco. *Linguagem e Criminalização: a constitutividade da sentença penal condenatória*. 2011. p. 223.).

⁵¹ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Defesa, contraditório, igualdade e a par conditio na ótica do processo de estrutura cooperatória. Novas tendências do direito processual*. Rio de Janeiro: Forense, 1990. p. 1-16.

⁵² COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda *apud* BARROS, Flaviane de Magalhães. *(Re)forma do processo penal: Comentários críticos dos artigos modificados pela leis n. 11.690/08 e n. 11.719/08*. 2009. p. 4.

2.5 A DEFESA NO PROCESSO PENAL

2.5.1 O conceito de defesa

Se o Ministério Público, em decorrência da atribuição que lhe foi conferida pelo artigo 129, inciso I, da Constituição Federal, é o autor da ação penal pública – ressalvadas as hipóteses em que a parte legitimada e demais ofendidos têm legitimidade para intentar ação penal privada –, tem, sempre, como parte adversa, a defesa, na representação do réu.

Assim,

[...] se a persecução criminal encerra as relações jurídicas ativas da ação penal, a defesa encerra as suas relações passivas, o que significa dizer que, se a acusação é o desenvolvimento racional da pretensão penal, então a defesa é a sua racional contestação, [...] pois enquanto a acusação proporciona razões e provas para castigo deste [o imputado], a defesa as proporciona em sentido oposto⁵³.

A defesa apresenta-se, sob essa óptica, como uma resistência transformada em contrariedade à pretensão do acusador. No processo penal, portanto, isso corresponde à contraposição entre a pretensão punitiva da acusação e a resistência do réu, que deseja garantir seu direito de liberdade, ou seja, que a pretensão punitiva não seja satisfeita ou que seja satisfeita em menor intensidade.

A outra parte em sentido processual, a par do Ministério Público ou da acusação privada, logo, é o acusado ou querelado, ao qual devem ser assegurados, em sua latitude, o devido processo penal, com todos os seus corolários, especialmente o “contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes” (Constituição Federal, artigo 5º, inciso LV), a realização de quaisquer provas, desde que obtidas ou produzidas lícitamente, a publicidade dos atos processuais, a assistência jurídica integral e gratuita, e a motivação dos atos decisórios.

A defesa é, assim, em apertada síntese, a parte em face da qual se exerce, mediante a ação, o direito à jurisdição.

Além disso, ressaltando a imprescindibilidade da defesa, assevera Diogo Rudge Malan:

⁵³ BISSOLI FILHO, *Linguagem e Criminalização: a constitutividade da sentença penal condenatória*. 2011. p. 231.

Segundo Alberto Binder, a defesa penal possui uma peculiaridade: se por um lado ela atua em conjunto com as demais garantias do réu, por outro ela é a garantia que torna operativas todas as demais. [...] A intangibilidade dela é garantia fundamental que assegura ao acusado que todas as suas outras garantias tenham vigência concreta⁵⁴.

Em face do que se expôs, verifica-se que, na atual quadra da evolução da ciência do direito processual penal, não mais se discute que a defesa penal transcende os interesses pessoais do acusado, possuindo, também, um perfil objetivo, por consubstanciar uma garantia de legitimidade da jurisdição penal.

2.5.2 A atividade da defesa na fase probatória e judicial

No que tange à relação entre a defesa penal e a atividade na fase probatória e judicial, vê-se que é estabelecida, inicialmente, pelas garantias constitucionais⁵⁵, o que significa dizer que, em toda a persecução penal, são garantidos aos réus inalienáveis direitos – boa parte dos quais foi positivada pela Carta Magna –, decorrentes, em grande parte, da garantia do devido processo legal.

Nessa senda, se, como observou Ada Pellegrini Grinover, o direito de defesa permeia, em geral, toda a persecução penal, em alguns ordenamentos jurídicos é atenuado na fase de investigação preliminar; o mesmo fenômeno se dá com o direito ao contraditório⁵⁶.

Em relação à prova, há que se reiterar que sua gestão, na história do processo penal, esteve, tradicionalmente, nas mãos do julgador. Trata-se de um dos mais elementares pilares do sistema inquisitório do processo penal. Contudo, o sistema acusatório – cuja consagração teórica e prática, em que pese à sua não adoção por completo, vem ganhando corpo, sobretudo, com a nova ordem constitucional inaugurada após 1988 – transfere parte significativa da gestão das provas às partes⁵⁷. Isto é, parcela considerável da produção do

⁵⁴ MALAN, Diogo Rudge. *Defesa penal efetiva*. In: NUCCI, Guilherme de Souza; MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis (Org.). *Doutrinas Essenciais. Processo Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 74.

⁵⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini. *A defesa penal e sua relação com a atividade probatória*. In: NUCCI, Guilherme de Souza; MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis (Org.). *Doutrinas Essenciais. Processo Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 64.

⁵⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini. *A defesa penal e sua relação com a atividade probatória*. 2013. p. 67.

⁵⁷ “No sistema acusatório, a instrução preliminar fica a cargo de um (ou diversos) órgão(s), distinto(s) do órgão julgador. As autoridades às quais são conferidas atribuições investigatórias, enquanto agentes da administração pública, têm poderes para praticar atos investigatórios, conforme haja ou não previsão específica para tanto (princípio da legalidade estrita), e devem submeter essa investigação ao controle jurisdicional, concomitantemente à realização de cada ato ou, conforme a sistemática adotada, ao final da investigação, com a apresentação da acusação formal pelo ente legitimado ou com a promoção do arquivamento.” (CALABRICH,

saber – e consequentemente, a assunção de maior poder⁵⁸ e relevância –, no processo penal, passou à mão da acusação e da defesa.

Nesse contexto – no âmbito da instrução preliminar à ação penal e a reboque da transferência da gestão da prova às partes, e mesmo na instrução probatória do processo –, prática nova é a colheita de provas pela defesa, em atividade que se assemelha a uma investigação criminal paralela àquela realizada pelos órgãos estatais. Não raro, esses elementos de prova colhidos pela defesa – a qual, por vezes, dispõe de aparato superior àquele colocado à disposição dos órgãos oficiais aos quais cabe investigar –, desconstituem a tese da acusação.

Pode-se dizer, no que atine aos principais princípios que regem a participação do réu no processo penal, que se destacam o do contraditório e o da ampla defesa, extraídos do artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal.

O contraditório representa, basicamente, o direito de ouvir e contraditar e, essencialmente, participar de todos os atos do processos.

A ampla defesa, por sua vez, abrange tanto a defesa pessoal quanto a técnica, realizada por advogado.

A autodefesa – disponível, em virtude do direito ao silêncio – é exercida pelo próprio acusado e compreende o direito de audiência (fazer-se interrogado), o direito de presença (acompanhar a instrução) e o direito de postular pessoalmente (concretizado na interposição de recursos e *habeas corpus*)⁵⁹.

A defesa técnica, por sua vez, “visa a compensar a desigualdade material existente entre a parte acusadora na relação processual penal [...] e o acusado, normalmente leigo no direito e hipossuficiente, quando não analfabeto funcional ou semi-alfabetizado”⁶⁰.

Por ampla entende-se abrangente, quase ilimitada⁶¹. Sob essa ótica, vê-se que a possibilidade de a defesa realizar atos investigatórios por si própria e de utilizar os elementos probatórios que colheu em seu benefício tem como corolário o próprio princípio da ampla defesa.

Bruno Freire de Carvalho. *Investigação Criminal pelo Ministério Público: fundamentos e limites constitucionais*. 2006. p. 64)

⁵⁸ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. 2009. p. 30.

⁵⁹ BISSOLI FILHO, Francisco. *Linguagem e Criminalização: a constitutividade da sentença penal condenatória*. 2011. p. 233.

⁶⁰ MALAN, Diogo Rudge. *Defesa Penal Efetiva*. 2013. p. 74.

⁶¹ A respeito da ampla defesa, asseve Scarance Fernandes que, “quando, nas Constituições, se assegura a ampla defesa, entende-se que, para observância desse comando, deve a proteção derivada da cláusula constitucional abranger o direito à defesa técnica durante todo o processo e o direito de autodefesa.” (FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo Penal Constitucional*. 1999. p. 258.).

Assim, resta albergada por esses dois preceitos a investigação defensiva, definida por Edson Luis Baldan como:

[...] o complexo de atividades de natureza investigatória desenvolvido, em qualquer fase da persecução criminal, inclusive na antejudicial, pelo defensor, com ou sem assistência de consultor técnico, tendente à coleta de elementos objetivos, subjetivos e documentais de convicção, no escopo de construção de acervo probatório lícito que, no gozo da parcialidade constitucional deferida, empregará para pleno exercício da ampla defesa do imputado em contraponto à investigação ou acusação oficial⁶².

Como tema basilar deste trabalho que é, será a investigação criminal defensiva analisada, mais detidamente, nos capítulos seguintes.

⁶²

BALDAN, Edson Luis. *Investigação Defensiva*. 2013. p. 455.

3 O PRINCÍPIO DA PARIDADE DE ARMAS NO PROCESSO PENAL

3.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

No presente capítulo, discorrer-se-á sobre o princípio da igualdade processual. Essa exposição está dividida em quatro itens. Abordam-se, inicialmente, aspectos gerais acerca do princípio de paridade de armas no processo penal, com especial relevo ao seu conceito, à discussão sobre a sua aplicação, ou não, na fase preliminar da persecução criminal, e às diferentes situações processuais em que se engendram mecanismos tendentes a compensar as desigualdade de partes que, circunstancialmente, porventura existam e, assim, restaurar a paridade de armas.

Adiante, a aplicação do princípio da paridade é analisada, isoladamente, em relação a diferentes momentos da persecução penal.

Discorre-se, inauguralmente, acerca da aplicabilidade de tal preceito na investigação criminal, que, se não é plena – em decorrência da mitigação do princípio do contraditório –, de modo algum pode ser completamente afastada, dada a sua relevância e a característica de unicidade peculiar à persecução penal.

Em seguida, volta-se o foco à operacionalização do princípio da paridade de armas em face da realização de medidas cautelares, seja na *persecutio criminis extra judicio*, seja na *persecutio criminis in judicio*, dadas as particularidades que tais medidas ostentam.

Por derradeiro, não olvidando que também na fase judicial da persecução criminal há investigação criminal, debate-se o princípio da paridade de armas e sua atuação nessa situação processual, seja na produção da prova, seja nos debates.

3.2 ASPECTOS GERAIS SOBRE O PRINCÍPIO DA PARIDADE DE ARMAS

3.2.1 Conceito de paridade de armas

Preliminarmente à conceituação do princípio da paridade de armas, fazem-se necessários breves comentários acerca da concepção de princípios, uma vez que estes são as verdadeiras bases de um sistema jurídico; são seu sustento e, concomitantemente, conformam-

lhe. Apresentam-se, ademais, como mandamentos nucleares de um sistema⁶³ – em geral positivados em uma Constituição, ou ao menos por esta recepcionados, implícita ou expressamente⁶⁴ –, cuja observância irrestrita é imperativa. São, nesse sentido, verdadeiros vetores que devem ser seguidos tanto por legisladores, quanto por intérpretes.

Antonio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco bem descrevem a posição ocupada pelos princípios nos ordenamentos jurídicos e, particularmente, nos sistemas processuais:

Através de uma operação de síntese crítica, a ciência processual moderna fixou os preceitos fundamentais que dão forma e caráter aos sistemas processuais. Alguns desses princípios básicos são comuns a todos os sistemas; outros vigem somente em determinados ordenamentos. Assim, cada sistema processual se calca em alguns princípios que lhe são próprios e específicos. É do exame dos princípios gerais que informam cada sistema que resultará qualificá-lo naquilo que tem de particular e de comum com os demais, do presente e do passado.

Considerando os escopos sociais e políticos do processo e do direito em geral, além do seu compromisso com a moral e a ética, atribui-se extraordinária relevância a certos princípios que não se prendam à técnica ou à dogmática jurídicas, trazendo em si seríssimas conotações éticas, sociais e políticas, valendo como algo externo ao sistema processual e servindo-lhe de sustentáculo legitimador⁶⁵.

Neste pensar, a igualdade, determinada como regra pela Constituição Federal como um de seus mais elementares fundamentos, transmite-se à jurisdição, e esta a conduz ao devido processo penal⁶⁶. Assim, pressupondo a existência de partes no processo penal, – circunstância especialmente peculiar ao sistema acusatório⁶⁷ –, o princípio da paridade de armas ou da igualdade de partes se apresenta, nesse contexto, como preceito basilar do direito

⁶³ “A palavra princípio é equívoca. Aparece com sentidos diversos. Apresenta a acepção de começo, de início. [...] Princípio, [no sentido que ora interessa] exprime a noção de “mandamento nuclear de um sistema”. Os princípios são ordenações que se irradiam e imantam os sistemas de normas.” (SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Brasileiro*. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 91-92.)

⁶⁴ “Ensina Canotilho que princípios jurídicos fundamentais são aqueles princípios historicamente objetivados e progressivamente introduzidos na consciência jurídica e que encontram uma recepção expressa ou implícita no texto constitucional. Pertencem à ordem jurídica positiva e constituem um importante fundamento para a interpretação, integração, conhecimento e aplicação do direito.” (BALDAN, Edson Luis. *Investigação Defensiva*. 2013. p. 456.)

⁶⁵ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 2011. p. 56.

⁶⁶ É de ressaltar que não somente a Constituição Federal impõe a regra da paridade de armas ao processo penal. Também o faz a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica), incorporado ao Direito brasileiro pelo Decreto nº 678, de 1992: “Artigo 8º - Garantias judiciais. [...] 2. Toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas: [...]” (Nota do Autor).

⁶⁷ “A garantia da igualdade processual, especificamente, parte do pressuposto de que há partes no processo penal, o que ocorre somente no sistema acusatório, pois, conforme RAMOS, no sistema inquisitório puro, não há partes, salvo o próprio julgador, enquanto, no sistema inquisitivo misto, há partes apenas em sentido formal, pois o arguido neste processo é mero objeto da investigação, estando em situação de clara inferioridade” (BISSOLI FILHO, Francisco. *Linguagem e Criminalização: a constitutividade da sentença penal condenatória*. 2011. p. 215.).

processual penal, ínsito, tanto quanto o contraditório⁶⁸, ao devido processo legal, o qual, por sua vez, é responsável por assegurar que a justiça seja exercida com igualdade e sem arbitrariedade⁶⁹.

Pode-se dizer, com vistas a explaná-la, que a paridade de armas implica na assecuração, às partes, das mesmas possibilidade de verem tuteladas as suas razões.

Portanto, há que se assinalar que a paridade de armas é bifacetada: impõe ao juiz, como condição de legitimidade da decisão que prolatará, o dever de integrar e estimular a realização do contraditório, suprindo as deficiências e temperando os desequilíbrios naturais entre as partes e, concomitantemente, estabelece cânones basilares a serem observados pelo legislador na elaboração de normas diferenciadas em relação ao direito de defesa do acusado.

A igualdade processual, nos dizeres de Rogério Lauria Tucci, consiste na

[...] assecuração, no processo, de paridade de armas entre as partes que o integram como seus sujeitos parciais, visando à determinação da igualdade substancial: esta somente será atingida quando, ao equilíbrio de situações, preconizado abstratamente pelo legislador, corresponder a realidade processual.

A paridade de armas, prossegue esse autor, revela-se imprescindível, uma vez que

não há como prover à iniciativa procedimental com exclusiva vantagem de uma das partes, sem a correlata atribuição de poder de reação à outra: o processo legitimamente instituído e regularmente desenvolvido reclama, ao revés, ponderosa e equitativa direção de agente do Poder Judiciário e plena contraditoriedade entre as partes, ou seja, um contraditório não somente formal, mas substancial, no qual as partes sejam cientificadas da iniciativa judicial e postas em condição de cumprir as determinações tidas pelo órgão jurisdicional como necessárias⁷⁰.

Francisco Bissoli Filho, por seu turno, da seguinte forma explana a paridade de armas:

Pertencente ao âmbito maior da igualdade jurídica, a garantia da igualdade processual indica, segundo Cintra, Grinover e Dinamarco, que “as partes e os procuradores devem merecer tratamento igualitário, para que tenham as mesmas oportunidades de fazer valer em juízo as suas razões”. Desdobra-se, assim, essa garantia nas garantias da igualdade de tratamento processual e da igualdade de

⁶⁸ Decorrencia da isonomia processual que é corolário, por sua vez, do princípio constitucional da igualdade perante a lei –, o contraditório é inerente a toda resolução processual de litígios. Sem o contraditório não pode haver devido processo legal. Define José Frederico Marques, mais adiante, o contraditório: “Ciência bilateral dos atos e termos processuais e possibilidade de contrariá-los [...] – impõe o contraditório que se dê às partes ocasião e possibilidade de intervirem no processo, de modo especial, para cada qual externar seu pensamento em face das alegações do adversário. Ora, tudo isso está implícito nos meios e recursos essenciais ao direito de defesa [...]” (MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal*. v. 1. Campinas: Bookseller, 1997. p. 87)

⁶⁹ COSTA, Paula Bajer Fernandes Martins da. *Igualdade no direito processual penal brasileiro*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001. p. 3.

⁷⁰ TUCCI, Rogério Lauria. *Teoria do Direito Processual Penal: jurisdição, ação e processo penal (estudo sistemático)*. 2002. p. 202-203.

armas. A primeira, segundo Fernandes, garante “o mesmo tratamento aos que se encontrem na mesma posição jurídica no processo”, o que significa dizer que “todos os que ostentem a posição de réu devem ser tratados igualmente, somente se justificando tratamento especial em virtude de peculiaridades relativas a determinados acusados”.

Pela garantia da igualdade de armas, segundo Cunha, as partes que estão em polos opostos da relação processual têm “igualdade de direitos, ônus, obrigações e faculdades”, pois isso é uma consequência necessária do sistema acusatório, devendo, pois, a acusação e a defesa dispor das mesmas armas, isto é, “iguais possibilidades processuais de intervenção no processo para demonstrarem perante o tribunal as várias razões que invocam”⁷¹.

Há que se registrar que a igualdade de partes não se confunde com o contraditório, embora a este esteja umbilicalmente vinculada. A paridade de armas vai além da simples contraditoriedade entre as partes: exige que o contraditório se materialize com a manutenção de uma relativa igualdade entre acusação e defesa. Assim, se o contraditório é essencial à mais elementar noção de processo – compreendido, oportunamente, como procedimento realizado por meio do contraditório⁷² –, a paridade de armas é preceito através do qual o devido processo legal se efetiva e do qual não pode prescindir. Portanto, conforme Aroldo Plínio Gonçalves,

exige mais do que a audiência da parte, mais do que o direito das partes se fazerem ouvir. Hoje, seu conceito evoluiu para o de garantia de participação das partes, no sentido em que já falava VON JHERING, em simétrica paridade de armas, no sentido de justiça interna no processo, quando as mesmas oportunidades são distribuídas com igualdade às partes⁷³.

Com vistas a mais elucidativos termos acerca da distinção entre o contraditório e a paridade de armas, uma vez mais recorre-se à lição de Rogério Lauria Tucci, segundo o qual

o contraditório pressupõe partes em situações opostas, se não substancialmente, pelo menos formalmente, no plano processual. Com a garantia do contraditório, as duas partes têm assegurada a ciência dos atos e termos da parte contrária, com possibilidade de refutá-los. O princípio da igualdade, por outro lado, coloca as duas

⁷¹ BISSOLI FILHO, Francisco. *Linguagem e Criminalização: a constitutividade da sentença penal condenatória*. 2011. p. 215-216.

⁷² “A sentença, enquanto provimento final, é construída em contraditório pelas partes e o juiz. O contraditório é, pois, a característica que diferencia o processo do procedimento e sua característica fundamental. [...] O processo é procedimento realizado por meio do contraditório e, especificamente no Processo Penal, entre os jogadores Ministério Público e/ou querelante, e efetiva presença do acusado com defesa técnica, mediados pelo julgador. Por isso a necessidade de se entender o exercício da jurisdição a partir da estrutura do processo como procedimento em contraditório” (LOPES Jr., Aury; ROSA, Alexandre Moraes da. *Contraditório no Processo Penal não é amor, mas é tão complexo quanto*. Em: <<http://www.conjur.com.br/2014-jun-13/contraditorio-processo-penal-nao-amor-tao-complexo-quanto>> acesso em 14.06.2014, às 22h). No mesmo norte, assevera Aroldo Plínio Gonçalves: “há processo sempre onde houver o procedimento realizando-se em contraditório entre os interessados, e a essência deste está na “simétrica paridade” da participação, nos atos que preparam o provimento, daqueles que nele são interessados porque, como seus destinatários sofrerão seus efeitos.” (GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. Rio de Janeiro: Aide, 1992. p. 146.)

⁷³

GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. p. 146.

partes em posição de similitude perante o Estado e, no processo, perante o juiz. Não se confunde com o contraditório, nem o abrange. Apenas se relacionam, pois ao se garantir a ambos os contendores o contraditório também se assegura tratamento igualitário.

Todavia, embora, realmente, os respectivos não se confundam, há uma vinculação tal entre ambos que não se pode imaginar a efetividade de um sem a do outro⁷⁴.

Faz-se necessário ao estudo da paridade de armas que seja esta cotejada com os sistemas processuais penais. O sistema acusatório distingue-se do sistema inquisitório, como já assinalado, por, dentre outras, uma característica em especial: a gestão da prova. Com a entrega desta última às partes, a paridade de armas encontra um equilíbrio mais equânime. Isto é, se, antes, com a gestão da prova pelo magistrado, a ação pendia, nesse ponto, em favor do Estado-acusação, agora, com o manejo do material probatório igualmente distribuído entre as partes – embora haja resquícios de poderes probatórios entregues ao julgador –, é garantida maior igualdade entre essas, na medida do possível.

É, de forma análoga, o que expõe Rogério Lauria Tucci:

Tendo-se na devida conta que a observância do *due process of law*, a par da abrangência do *substantive due process of law* (elaboração regular e correta da lei, bem como razoabilidade, senso de justiça e enquadramento nas preceituações constitucionais) e do *judicial process* (instrumento hábil à interpretação e realização das normas jurídicas por meio do processo, desenvolvido em procedimento regular, formalmente demarcado em lei), impõe a assecuração, neste, de paridade de armas, visando à igualdade substancial; vale dizer, de igualdade de situação e de tratamento das partes, ou sujeitos parciais, no processo penal, conferindo-lhes, outrossim a possibilidade de atuação sem quaisquer restrições, mediante ações e recursos preconizados na legislação específica⁷⁵.

E, ademais, em sentido semelhante, assevera Francisco Bissoli Filho:

O sistema acusatório [...] caracteriza-se, sobretudo, pela concepção de que a acusação é a base sem a qual o processo não pode prosseguir, [...] não podendo, por isso, o julgador, em qualquer caso, atuar de ofício; o acusador e o acusado encontram-se em paridade jurídica, isto é, protegidos por direitos iguais e podendo fazer uso dos mesmos instrumentos ou armas; [...] as provas são introduzidas por obra exclusiva das partes, o que significa dizer que o julgador não tem autonomia para investigar os fatos, devendo limitar-se a examinar as prova acerca das quais versou a discussão das partes [...]. O processo acusatório é, como se vê, o que amplia e descentraliza ao máximo as oportunidades de uso da linguagem, de modo a possibilitar que todos os envolvidos, sem serem “senhores” da verdade, construam as suas versões, estando o juiz, como parte imparcial, entre a acusação e a defesa [...]⁷⁶.

É igualmente importante salientar que, em face do contraditório, a paridade de armas impõe que haja não somente a participação das partes nos atos processuais, mas efetiva

⁷⁴ TUCCI, Rogério Lauria. *Teoria do Direito Processual Penal: jurisdição, ação e processo penal (estudo sistemático)*. 2002. p. 204-205.

⁷⁵ TUCCI, Rogério Lauria. *Teoria do Direito Processual Penal: jurisdição, ação e processo penal (estudo sistemático)*. 2002. p. 182.

⁷⁶ BISSOLI FILHO, Francisco. *Linguagem e Criminalização: a constitutividade da sentença penal condenatória*. 2011. p. 210-211.

presença do acusado com defesa técnica – indispensável à igualdade entre acusador e acusado –, figurando o julgador, nesse contexto, na posição de garante. Assim, além de serem ouvidas as partes, lhes devem ser franqueadas reais possibilidades de participação no processo, sem a existência de privilégios, estabelecendo-se comunicação entre os jogadores, mediada pelo Estado julgador. A mera participação formal, portanto, mostra-se insuficiente: é necessária, para além disso, a efetiva participação daqueles que sofrerão os efeitos do provimento final, apurando-se o melhor argumento em face do Direito e do caso penal⁷⁷.

Nesse sentido, assere Luigi Ferrajoli:

Para que a disputa se desenvolva lealmente e com paridade de armas, é necessária, [...], a perfeita igualdade entre as partes: em primeiro lugar, que a defesa seja dotada das mesmas capacidades e dos mesmos poderes da acusação; em segundo lugar, que o seu papel contraditor seja admitido em todo estado e grau do procedimento e em relação a cada ato probatório singular, das averiguações judiciais e das perícias ao interrogatório do imputado, dos reconhecimentos aos testemunhos e às acareações⁷⁸.

Há que se observar, nesse íterim, que, muito embora o princípio da paridade de armas pressuponha um equilíbrio equânime entre as partes em todo o processo penal, esse equilíbrio pode se configurar distintamente ao longo da persecução penal.

Assim, com esteio na formulação teórica de autores como Elio Fazzalari⁷⁹ e James Goldschmidt⁸⁰, os quais afirmam que o processo é uma sucessão de situações jurídicas ou legais, é possível afirmar que a paridade de armas é um equilíbrio entre os sujeitos processuais que se formata de distintos modos a cada nova situação jurídica ou legal; portanto, apesar de necessária em todo o processo, a configuração da paridade de armas é circunstancial e se apresenta de diferentes modos a cada passo de toda a persecução criminal – abrangida aí, também, logicamente, a investigação criminal.

Em termos semelhantes, assim expressa-se Paula Bajer Fernandes Martins da Costa:

Com efeito, embora no processo penal nem todos os momentos sejam de igualdade entre os interessados e partes, ela vê-se, necessariamente, idealizada na concepção da jurisdição e é reestruturada, a cada instante do procedimento, por meio do contraditório, na persecução criminal.

Dessa forma, explica a autora,

⁷⁷ LOPES Jr., Aury; ROSA, Alexandre Moraes da. *Contraditório no Processo Penal não é amor, mas é tão complexo quanto*. 2014.

⁷⁸ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 565.

⁷⁹ FAZZALARI, Elio apud LOPES Jr., Aury. *Direito Processual Penal*, 2012.

⁸⁰ GOLDSCHMIDT, James apud BISSOLI FILHO, Francisco. *Linguagem e Criminalização: a constitutividade da sentença penal condenatória*. 2011. p. 221.

tanto quanto possível, busca-se a igualdade entre as pessoas na formulação da lei processual penal. Quando a diferença for imprescindível, até mesmo para garantir ou preservar igualdade em diferentes termos, será calculada sempre em relação de proporcionalidade entre os sujeitos e os bens jurídicos envolvidos, até o ponto em que for possível distinguir sem atingir direitos e garantias delineadores do devido processo legal em sua versão processual, de garantia⁸¹.

Não se pode exigir, conseqüentemente, que, em cada um dos procedimentos componentes do processo penal, haja simétrica igualdade entre as partes. Tal qual uma gangorra, que pode se equilibrar em distintas posições, a paridade de armas é dinâmica⁸².

3.2.2 Possibilidades de aplicação da paridade de armas

A desigualdade verificada em algumas das etapas do processo não macula o todo; pelo contrário, muitas vezes é até mesmo pressuposto do devido processo legal e imprescindível ao seu normal decurso. Em outras palavras, não se exige constante, estática e absoluta igualdade entre as partes, mas reciprocidade, tal qual aquela existente entre os ofícios que exercem – acusação e defesa. Pode-se dizer, ainda, que a igualdade absoluta entre as partes pode deixar de ser invocada quando assim a Constituição Federal, expressa ou implicitamente, permiti-lo.

É dessa maneira que se possibilita que, na investigação criminal – fase extrajudicial da persecução penal –, em geral não seja assegurado o pleno exercício do contraditório ao investigado ou indiciado, ainda que este deva estar assistido por advogado, a fim que lhe seja assegurada defesa técnica efetiva. A presença da defesa técnica evidencia que, ainda que de forma mitigada, o contraditório vige também na fase investigatória da

⁸¹ COSTA, Paula Bajer Fernandes Martins da. *Igualdade no direito processual penal brasileiro*. 2001. p. 3 e 63.

⁸² “A legitimidade da jurisdição exige um tratamento paritário entre os sujeitos do processo, provocando que ambas tenham igual oportunidade de participação na construção do provimento final. E tal igual oportunidade de participação só pode ser obtida no processo penal se existir uma atividade dinâmica, ativa, na busca do equilíbrio da formação do procedimento” (LOPES, Marcus Vinícius Pimenta. *A paridade de armas no processo penal*. Conteúdo Jurídico, Brasília: 05.09.2013. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.45031&seo=1>>. Acesso em: 11.08.2014.). No mesmo sentido: “Mas a igualdade não pode ser, evidentemente, somente formal: o correto enfoque da ‘paridade de armas’ leva ao reconhecimento não de uma igualdade estática, senão dinâmica, em que o Estado deve suprir desigualdades para vivificar uma igualdade real. Se o devido processo é a expressão jurisdicional democrática de um determinado modelo de Estado, essa igualdade somente pode ser a substancial, efetiva, real. As oportunidades dentro do processo (de falar, de contraditar, de reperguntar, de opinar, de requerer e de participar das provas etc.) devem ser exatamente simétricas, seja para quem ocupa posição idêntica dentro do processo (dois réus, v.g.), seja para os que ostentam posição contrárias (autor e réu, que devem ter, em princípio, os mesmos direitos, ônus e deveres).” (GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Comentários à convenção americana sobre direitos humanos: Pacto de San José da Costa Rica*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 113.)

persecução penal, uma vez que à garantia do contraditório vincula-se intimamente ao direito de defesa – ambos como manifestação da garantia do justo e devido processo legal⁸³.

Vê-se, assim, que a *persecutio criminis extra iudicio* apresenta, justificadamente, desigualdade em favor do Estado⁸⁴. Disso resulta que – ainda que se afirme que a persecução penal, em sua plenitude, seja regida por padrões normativos limitativos ao poder do Estado – há pontos nos quais, por suas peculiaridades, a instrução preliminar apresenta um equilíbrio que pende em favor do detentor do *ius puniendi*.

Há que se assinalar, então, que, muito embora a investigação criminal seja, em geral, procedimento inquisitivo, em que há pouco lugar para o contraditório, a paridade de armas remanesce fundamental⁸⁵. E, assim, é lícito dizer: pode haver desigualdade e, ainda assim, ampla defesa – é o que ocorre na fase de investigação⁸⁶.

Acerca do contraditório na fase investigativa da persecução penal, assevera Paula Bajer Fernandes Martins da Costa:

A previsão, na Carta Política, de contraditoriedade inclusive em procedimentos administrativos, entre os quais está o inquérito, já conduz, necessariamente, à ampla defesa na fase investigatória (art. 5º, LV).

O contraditório, portanto, está presente na primeira fase da persecução penal, onde a igualdade entre os sujeitos atuantes não se apresenta⁸⁷.

É fundamental destacar, nesse ínterim, que, mesmo que se atenue a igualdade entre as partes na fase extrajudicial da *persecutio criminis*, a ampla defesa, ainda assim, deve se fazer presente. É, uma vez mais, o caso da investigação criminal, ao longo da qual a paridade de armas e o contraditório são acentuadamente mitigados, sem que isso implique, no entanto, a perda do direito à ampla defesa.

Em relação à produção de provas, é de se pontuar que os agentes públicos – polícias judiciárias e outros órgãos com atribuições investigativas – dispõem dos instrumentos estatais para a investigação e repressão, o que lhes confere certa vantagem. Por outro lado, os indiciados e acusados dispõem de seus próprios meios, às vezes mais eficazes – uma vez que

⁸³ BISSOLI FILHO, Francisco. *Linguagem e Criminalização: a constitutividade da sentença penal condenatória*. 2011. p. 232-233.

⁸⁴ FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo Penal Constitucional*. 1999. p. 51.

⁸⁵ “Dada a natureza preliminar, preparatória, da investigação criminal, os elementos produzidos e colhidos nessa fase não necessariamente contarão com a participação da defesa nem serão submetidos ao contraditório [...]. A finalidade e a natureza da instrução preliminar fundamentam a desnecessidade do contraditório e da ampla defesa”. (CALABRICH, Bruno Freire de Carvalho. *Investigação Criminal pelo Ministério Público: fundamentos e limites constitucionais*. 2006. p. 47).

⁸⁶ COSTA, Paula Bajer Fernandes Martins da. *Igualdade no direito processual penal brasileiro*. 2001. p. 3.

⁸⁷ COSTA, Paula Bajer Fernandes Martins da. *Igualdade no direito processual penal brasileiro*. 2001. p. 93.

mais próximos dos fatos – para encontrar e demonstrar a versão dos fatos que desejam evidenciar. Não se pode perder de vista que, quando estiveram no local dos fatos, dispõem eles de consciência dos meios de prova existentes, bem como em face disso, é-lhes favorecida a sua destruição ou ocultação. Assim, vê-se que, muito embora se visualize, em princípio, um desequilíbrio entre os atores protagonistas da persecução penal, aquele é atenuado em razão dos meios diferenciados de produzir a prova necessária à demonstração da verdade que lhes interessa, haja vista que o

que dizem a acusação e a defesa está sujeito à verificação probatória, assim como à refutação recíprocas, razão pela qual o julgamento deve ser motivado nas provas. Tanto uma linguagem quanto a outra buscam uma proximidade com a realidade, sendo as provas o meio utilizado para essa aproximação [...] ⁸⁸.

Como já citado, a investigação criminal, a propósito, bem ilustra a desigualdade – exceção à regra da paridade de armas – que, invariavelmente, se verifica no processo penal. Além da busca por provas e evidências, outro momento desvela a desigualdade entre as partes: a realização das medidas cautelares ⁸⁹.

Há situações – dentre as quais se destacam, como exemplos, os procedimentos investigativos e as providências cautelares coativas assumidas no decorrer da persecução penal – em que a desigualdade de partes é inevitável. Logo, nessas hipóteses, como já se frisou, ainda que se busque garantir o contraditório e a ampla defesa ao investigado, indiciado ou acusado, seu exercício somente se dará de forma diferida e mitigada, dada a ausência de informação anterior sobre o ato processual ou procedimental (no caso dos procedimentos investigativos) a ser produzido. No processo penal, o agente da persecução – seja a Polícia Judiciária ou o Ministério Público – tem a seu dispor todas as medidas cautelares constritivas, entre as mais drásticas a prisão processual, a interceptação telefônica (Lei n. 9.296/96) e a busca e apreensão, na maior parte das vezes providenciadas sem prévia ciência do interessado e coato. A prisão cautelar, também a título ilustrativo, bem evidencia que, por vezes, a desigualdade entre as partes é inescapável: perde-se de vista qualquer perspectiva de igualdade entre o sujeito cautelarmente preso e o agente da persecução.

⁸⁸ BISSOLI FILHO, Francisco. *Linguagem e Criminalização: a constitutividade da sentença penal condenatória*. 2011. p. 219.

⁸⁹ COSTA, Paula Bajer Fernandes Martins da. *Igualdade no direito processual penal brasileiro*. 2001. p. 10.

3.2.3 Formas de compensação das desigualdades de armas

Quando se aborda a igualdade de partes, fazem-se necessárias, também, considerações acerca da desigualdade das partes, que circunstancialmente se verifica – é uma exceção que, respeitando os padrões normativos impostos à totalidade da persecução penal, revela-se aceitável. Foram demonstradas, aqui, situações nas quais a paridade de armas vigente no processo penal é atenuada e, nos casos citados, em desfavor do investigado, indiciado ou acusado. Há inúmeras outras hipóteses, contudo, em que a balança da igualdade de partes pende a seu favor.

Assim, a dinâmica da paridade de armas proporciona ao réu recursos de seu exclusivo manejo, a exemplo dos embargos infringentes e do Recurso Ordinário em *habeas corpus*, e ações impugnativas autônomas, a exemplo da revisão criminal, do *habeas corpus* e do mandado de segurança.

Em outras palavras, já enumerando exemplos da compensação de desigualdade, discorre Francisco Bissoli Filho:

Essa paridade de forças não exclui a necessidade de, em determinadas situações, dar-se a uma das partes tratamento especial para compensar eventuais desigualdades [...]. É por isso que, no processo penal, “o interesse do acusado goza de prevalente proteção, no contraste com a pretensão punitiva”, aplicando-se-lhe, em seu favor, os princípios do *in dubio pro reo* e do *favor rei*, o *habeas corpus* e a revisão criminal⁹⁰

De modo análogo, expressa-se Paula Bajer Fernandes Martins da Costa:

Porém, se por um lado a inferioridade do coato ou acusado na persecução é evidente, por outro ele tem a garantia de não ser considerado culpado antes de sentença condenatória transitada em julgado (art. 5º, LVII, da Constituição), garantia esta que existe para atender a igualdade constitucional.

Tem, também, o condenado em processo penal, o direito de propor revisão criminal (arts. 621 e seguintes do CPP), bem como está garantida ao sujeito constrangido a impetração de *habeas corpus*, que, aliás, pode ser impetrado por qualquer pessoa, bem como pelo Ministério Público (art. 5º, LXVIII, da Constituição). Há recursos que só podem ser interpostos pelo sucumbente na persecução, como o protesto por novo júri (art. 607 do CPP), embargos infringentes e de nulidade (art. 609, parágrafo único).

Tais medidas mostram que não há interesse público na condenação de inocente, e que estão disponibilizados, pelo ordenamento jurídico, instrumentos adequados a garantir a preservação do estado de não-culpabilidade e o devido processo legal. Preocupa fato de o indiciado, acusado ou condenado poder valer-se da jurisdição mais frequentemente -se o processo, em síntese, com a liberdade.

⁹⁰ BISSOLI FILHO, Francisco. *Linguagem e Criminalização: a constitutividade da sentença penal condenatória*. 2011. p. 215-216.

O do que os agentes públicos significa desigualdade, mas desigualdade irrelevante, porque resultante da natural diferença entre os sujeitos envolvidos na persecução penal⁹¹.

Os exemplos enumerados, contudo, são somente alguns dentre os existentes que demonstram que o processo penal, em situações nas quais as partes se encontram desequilibradas, engendra mecanismos para, em respeito ao princípio da paridade de armas, reestabelecer a igualdade das partes.

Portanto, em face da já citada justificável desigualdade que vigora entre as partes em algumas das situações jurídicas componentes do processo, são arquitetados mecanismos com vistas a confirmar essa diferenciação. É o caso de recursos exclusivamente manejados pela defesa e de ações impugnativas autônomas, bem como de diferentes princípios basilares do processo penal.

3.2.3.1 O princípio do favor rei

É adequado iniciar a exposição dos mecanismos que concretizam a (des)paridade de armas pelo princípio do favor rei, porquanto esse é um dos mais caros preceitos do processo penal.

Consiste, basicamente, em preceito que atenua a igualdade das partes mediante a determinação de que, na dúvida sobre qual regra aplicar ou sobre qual interpretação a ser adotada, o interesse do réu prevaleça quando em contraste com a pretensão punitiva.

Como postulado que bastante acentuadamente atenua a igualdade das partes para estabelecer que a proteção do acusado, ao final do processo, deve prevalecer, o favor rei é cânone interpretativo ínsito ao ordenamento jurídico dos Estados constitucionalmente democráticos e destes é a máxima expressão. Nesse contexto, estipula-se que, “o operador do

⁹¹ COSTA, Paula Bajer Fernandes Martins da. *Igualdade no direito processual penal brasileiro*. 2001. p. 94-95. Exemplificando medidas decorrentes do princípio da paridade de armas, embora não cite todas, Marcus Vinicius Pimenta Lopes enumera as seguintes: a) obediência ao princípio do estado de inocência; b) obediência ao princípio do *favor rei*; c) obediência ao princípio do *in dubio pro reo*; d) a plenitude de defesa como princípio exclusivo do acusado em procedimento do Tribunal do Júri; e) a assistência por advogado técnico; f) a igual oportunidade entre acusação e defesa de participação na construção do provimento final em todos os atos do procedimento; g) igual potencial probatório entre acusação e defesa; h) igual oportunidade de falseamento das alegações de cada um dos sujeitos processuais; i) a carga probatória como dever da acusação; j) a proposição da produção de provas por a iniciativa do juiz exclusivamente em favor do acusado; k) a obediência ao *ne reformatio in pejus*; l) aplicação do *tantum devolutum quantum appellatum* como limitação recursal exclusivamente ao acusador; m) recursos exclusivamente defensivos; n) a possibilidade da concessão do *Habeas Corpus* de ofício; o) a possibilidade de Revisão Criminal exclusivamente em favor do acusado (LOPES, Marcus Vinicius Pimenta. *A paridade de armas no processo penal*. 2013.).

direito, deparando-se com uma norma que traga interpretações antagônicas, deve optar pela que atenda ao *jus libertatis* do acusado”⁹².

O princípio do favor rei é postulado umbilicalmente vinculado ao princípio do ônus da prova e ao princípio do estado de inocência, ao estatuir que, quando a acusação não houver logrado êxito em se desincumbir do ônus da prova que lhe é imposto, deve ser prolatada decisão judicial que proteja os interesses do acusado, mantendo-se incólume o estado de inocência que somente pode ser ilidido por sentença penal condenatória transitada em julgado. É até mesmo possível afiançar que “o elemento impulsionador da interpretação que se deve adotar para alcançar a norma mais favorável ao acusado, diante de dois caminhos que se possam adotar, é exatamente o do favor rei”⁹³.

A aplicação do princípio do favor rei resulta evidente da leitura de diversos dispositivos do Código de Processo Penal. É de se citar, inicialmente, o artigo 386, inciso VI, que impõe a absolvição na hipótese de fundada dúvida sobre a existência do crime. O artigo 609, parágrafo único, por sua vez, determina serem admissíveis embargos infringentes e de nulidade quando não for unânime a decisão de segunda instância, desfavorável ao réu. Mais adiante, o artigo 615, § 1º, estabelece que, em caso de empate em julgamento pelo tribunal, prevalecerá a decisão mais favorável ao réu. Por fim, o artigo 621 enumera as possibilidades de se revisar a condenação criminal.

3.2.3.2 O princípio do ônus da prova

Ônus probatório é o encargo que as partes têm de provar as alegações que fizeram em suas postulações. Trata-se de uma incumbência para consigo mesmo, cujo descumprimento não acarreta prejuízo senão ao encarregado. Assim, ônus da prova é uma posição jurídica na qual o ordenamento jurídico estabelece determinada conduta para que o sujeito possa obter um resultado favorável. Como consequência no processo penal acusatório,

⁹² RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 35.

⁹³ “Trata-se de regra do processo penal que impõe ao juiz seguir tese mais favorável ao acusado sempre que a acusação não tenha carreado prova suficiente para obter condenação. Nesse aspecto, o princípio do favor rei se enlaça com a presunção de inocência que, como vimos, inverte o ônus da prova. O órgão que acusa é quem tem de apresentar a prova da culpa e demonstrar a culpabilidade do cidadão presumido inocente. Caso a acusação não logre criar no tribunal a certeza da culpabilidade, então, o que se impõe é uma decisão favorável ao acusado [...]. Portanto, estando o juiz diante de prova para condenar, mas não sendo esta suficiente, fazendo restar a dúvida, surgem dois caminhos: condenar o acusado, correndo o risco de se cometer uma injustiça, ou absolvê-lo, correndo o risco de se colocar nas ruas, em pleno convívio com a sociedade, um culpado. A melhor solução será, indiscutivelmente, absolver o acusado.” (RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 2014. p. 35-36).

“o insuficiente cumprimento (pela acusação) da incumbência de provar os fatos alegados, acarreta a improcedência do pedido de condenação por falta de base material (de cunho fático)”⁹⁴.

A propósito, há que se analisar a qual parte, dentro de um processo penal regido pela paridade de armas, se deve imputar o ônus da prova.

O artigo 156 do Código de Processo Penal dispõe que “a prova da alegação incumbirá a quem a fizer”.

À primeira vista, a interpretação literal do dispositivo, com uma paritária distribuição do ônus probatório, parece melhor se compatibilizar com o princípio da igualdade das partes⁹⁵. Faz-se necessária, todavia, uma interpretação conforme a Constituição e todos os demais preceitos do processo penal. Assim, segundo Paulo Rangel, parte – talvez ainda menos expressiva – da doutrina processualista penal analisa com ressalvas o dispositivo em questão, ao passo que

a doutrina, em maioria, ao estudar a divisão do ônus probatório, sustenta que a divisão do ônus é baseada no interesse da própria afirmação, ou seja, o ônus compete a quem alega o fato. Trata-se de uma visão exclusiva e isolada do art. 156 do CPP [...], em desconformidade com a Carta Política do país, pois há que se fazer, hodiernamente, uma interpretação conforme a Constituição.

[...] Destarte, a posição tradicional da divisão do ônus da prova é feita entre autor e réu, sendo que à acusação entrega-se a prova dos fatos constitutivos e, ao réu, a prova de sua inocência se alega fatos extintivos, modificativos ou impeditivos. Pois bem. Não obstante o peso da doutrina que assim se manifesta, assim não pensamos⁹⁶.

Prossegue o supracitado autor:

Quando analisamos o princípio da presunção de inocência, manifestamo-nos no sentido de afirmar que o ônus hoje é todo do Ministério Público. Não mais compete ao réu ter que provar sua inocência. [...] A regra do art. 156 do CP [...] deve ser vista à luz do que dispõe o art. 5º, LVII, da CRFB [...].

Há que se interpretar a regra do ônus da prova à luz da Constituição, pois se é cediço que a regra é a liberdade (art. 5º, XV, da CRFB) e que, para que se possa perdê-la, dever-se-á observar o devido processo legal e dentro deste encontra-se o sistema acusatório, onde o juiz é afastado da persecução penal, dando ao Ministério Público, para a defesa da ordem jurídica, a totalidade do ônus da prova do fato descrito na denúncia [...].

Dessa forma, claro nos parece que, se o Ministério Público tem que narrar um fato criminoso com todas as suas circunstâncias, o ônus de provar que esse fato é típico encontra perfeita adequação na lei penal, portanto, trata-se de uma conduta proibida; é ilícito (contrário ao direito) e que não está açambarcado por nenhuma excludente de ilicitude e que seu autor é culpável [...], pertence-lhe. Não há como entregar ao

⁹⁴ EISELE, Andreas. *Crimes contra a ordem tributária*. 2002. p. 251.

⁹⁵ “Em um processo informado pelo contraditório e pela igualdade das partes, a distribuição dos ônus probatórios deveria seguir as mesmas linhas de isonomia. Entretanto o nosso processo penal, por qualquer ângulo que se examine, deve estar atento à exigência constitucional da inocência do réu, como valor fundante do sistema de provas.” (OLIVERA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 2014. p. 324-325.).

⁹⁶ RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 2014. p. 483 e 485.

réu, dentro de um Estado Constitucional dito Democrático de Direito [...], o ônus da prova de sua inocência^{97 98}.

No mesmo sentido, assere Aury Lopes Jr.:

Gravíssimo erro é cometido por numerosa doutrina (e rançosa jurisprudência), ao afirmar que à defesa incumbe a prova de uma alegada excludente. Nada mais equivocado, principalmente se compreendido o dito até aqui. A carga do acusador é provar o alegado; logo, demonstrar que alguém (autoria) praticou um crime (fato típico, ilícito e culpável). Isso significa que incumbe ao acusador provar a presença de todos os elementos que integram a tipicidade, a ilicitude e a culpabilidade e, logicamente, a inexistência das causas de justificação⁹⁹.

Assim, com o devido respeito à parcela da doutrina processualista penal de que ora se diverge, entende-se que se afigura mais adequado, na atual quadra de evolução do direito processual penal e em uma leitura conforme a Constituição Federal, afirmar que o ônus da prova incumbe, integralmente, à acusação, cabendo-lhe, portanto, demonstrar a existência de tipicidade, ilicitude, culpabilidade (e, para alguns autores, punibilidade), bem como a inexistência de causas de justificação.

Nesse contexto, é possível conceber que, assim como a sociedade, uma vez encarnada na figura do Ministério Público, tem o direito de exigir do Estado-juiz a punição daquele que ofende a ordem jurídica, submetendo-o, assim, ao império da ordem e da lei, também aquele que for acusado da prática de um injusto penal tem o direito de se contrapor à pretensão acusatória, ou seja, exercer o direito de defesa. A sociedade, por intermédio do

⁹⁷ RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 2014. p. 483 e 485.

⁹⁸ Parte da doutrina apresenta contestação à afirmação de que o ônus da prova cabe, integralmente, à acusação: “Se o método empregado é o da verdade material, isto é, o do convencimento judicial fundado em prova e não na deficiência da atuação defensiva, há que se concluir que não poderia caber ao acusado a prova da sua não culpabilidade. Se é necessária a certeza provada para a condenação, fundada, pois, em material probatório efetivamente produzido em juízo, há que se concluir caber à acusação, sobretudo ao Ministério Público, titular da ação penal pública, os ônus da prova do fato, da autoria e das circunstâncias e demais elementos que tenham qualquer relevância para a afirmação do juízo condenatório. Por outro lado, não parece correta a conclusão no sentido de que todos os ônus da prova seriam de responsabilidade da acusação. Essa, a acusação, há de provar os fatos por ela alegados. [...] Não se lhe incumbe demonstrar, porém, a inexistência de excludentes de ilicitude e de culpabilidade, como já se sustentou na doutrina nacional. [...] é ônus da defesa, portanto, desincumbir-se da prova do fato por ela alegado, desde que não constante da peça acusatória.” (OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 2014. p. 324-325.). No mesmo sentido: “no processo penal, à acusação cabe o dever de elaborar a prova dos fatos imputados ao réu na denúncia, e a este incumbe a comprovação da ocorrência de eventual fato modificativo ou extintivo da situação descrita na exordial acusatória, caso o acusado o trouxer ao processo (mediante alegação) em sua defesa.” (EISELE, Andreas. *Crimes contra a ordem tributária*. 2002. p. 251.). Por derradeiro: “Entretanto, o réu pode chamar a si o interesse de produzir prova, o que ocorre quando alega, em seu benefício, algum fato que propiciará a exclusão da ilicitude ou da culpabilidade. [...] É preciso provar a ocorrência da excludente, não sendo atribuição da acusação fazê-lo, até porque terá esta menos recursos para isso, pois o fato e suas circunstâncias concernem diretamente ao acusado. [...] Saliente-se, no entanto, que tal ônus de prova da defesa não deve ser levado a extremos, em virtude do princípio da presunção de inocência e, consequentemente, do *in dubio pro reo*. Com isso, alegada alguma excludente, [...] feita prova pela defesa e existindo dúvida, deve o réu ser absolvido e não condenado.” (NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal Comentado*. 2013. p. 367.)

⁹⁹ LOPES Jr., Aury. *Direito Processual Penal*. 2012. p. 551.

Ministério Público, exerce a pretensão acusatória e o acusado, em contraposição, exerce o direito de defesa. Nesse caso, a prova passa a ser um direito – e jamais um dever ou um ônus – inerente ao direito de ação e de defesa; ou seja, um desdobramento, um aspecto do direito de ação e de defesa. Portanto, pode-se dizer que a natureza jurídica da prova é de um direito subjetivo de índole constitucional de estabelecer a verdade dos fatos, que não pode ser confundido com o ônus da prova.

Trata-se a distribuição das cargas probatórias, como se extrai do exposto, de uma justificável exceção à absoluta paridade de armas. Incongruente seria, dentro de um Estado Democrático de Direito, impor-se ao réu o ônus de atestar sua inocência. Coaduna-se com os mandamentos constitucionais do direito processual penal, portanto, essa circunstancial desigualdade entre as partes.

3.2.3.3 O princípio *nemo tenetur se ipsum accusare* (direito a não se autoincriminar)

Inicialmente, fazem-se necessários esclarecimentos etimológicos. O conhecido direito à não autoincriminação corresponde a diversos brocardos latinos¹⁰⁰, dentre os quais destacam-se *nemo tenetur se detegere* e *nemo tenetur ipsum se accusare*. O primeiro corresponde, em português, à expressão “ninguém é obrigado a se mostrar”, ao passo que o segundo equivale à afirmação de que “ninguém é obrigado a acusar a si próprio”. Ambos os adágios exprimem ideias que, se não idênticas, notoriamente se assemelham. A expressão *nemo tenetur se detegere*, contudo, corresponde mais precisamente ao direito ao silêncio – embora também utilizada como sinônimo da vedação à autoincriminação –, ao passo que a locução *nemo tenetur ipsum se accusare* exprime mais precisamente a ideia, mais abrangente, segundo a qual ninguém é obrigado a acusar a si próprio. Utilizar-se-á, portanto, no presente trabalho, a segunda expressão, embora a realidade é que, em que pesem essas considerações, a Constituição Federal, ao menos em interpretação meramente gramatical, aparentemente reduz o direito à não autoincriminação ao direito ao silêncio. A doutrina processualista penal, contudo, estende a garantia aos meios de prova invasivos do direito da personalidade – a exemplo da colheita de material genético, de sangue, ou de urina e da submissão a exames para aferimento de embriaguez.

¹⁰⁰ São eles alguns deles: *nemo tenetur se ipsum prodere*, *nemo tenetur edere contra se*, *nemo tenetur turpidum suum*, *nemo testis se ipsum*, *nemo tenetur se detegere*, *nemo tenetur se ipsum accusare*.

Há que se adicionar, como garantias do direito de defesa, a inviolabilidade do domicílio e o sigilo das comunicações, cujas interferências somente são permitidas mediante ordem judicial e em situações expressamente previstas, bem como o sigilo da correspondência, que é quase que absolutamente garantido, uma vez que inexistente previsão legal de autorização judicial para sua quebra. Ou seja, além da reserva legal – segundo a qual as garantias suso mencionadas somente podem sofrer ingerência se houver expressa previsão legal para tanto –, os direitos em comento também são albergados pela cláusula de reserva jurisdicional, que lhes assegura só ser possível a sua relativização mediante fundamentada autorização judicial.

No mesmo sentido, expressa-se Eugênio Pacelli de Oliveira:

O direito ao silêncio, ou a garantia contra a autoincriminação, não só permite que o acusado ou aprisionado permaneça em silêncio durante toda a investigação e mesmo em juízo, como impede que ele seja compelido – compulsoriamente, portanto – a produzir ou a contribuir com a formação da prova contrária a seu interesse.

Nesta última hipótese, a participação do réu somente poderá ocorrer em casos excepcionalíssimos, em que, além da previsão expressa na lei, não haja risco de afetação aos direitos fundamentais da pessoa. [...]

O direito ao silêncio deflui da regra constitucional prevista no art. 5º, LXIII, da CF, e implicou a imediata revogação (implícita, por incompatibilidade) daquilo que dispunham o art. 186 (posteriormente revigorado pela Lei nº 10.792/03) e o art. 198 do CPP, pela simples e bastante razão de não se poder atribuir qualquer forma de sanção a quem esteja no exercício de um direito a ele assegurado em lei.

A Lei nº 10.792/03, que alterou vários dispositivos do CPP, veio, enfim, consolidar o que já era uma realidade, ao menos em âmbito doutrinário: o tratamento do interrogatório como meio de defesa, assegurando-se ao acusado o direito de entrevistar-se com seu advogado antes do referido ato processual (art. 185, § 5º); o direito de permanecer calado e não responder perguntas a ele endereçadas, sem que se possa extrair do silêncio qualquer valoração em prejuízo da defesa (art. 186, *caput*, e parágrafo único)¹⁰¹.

O direito a não se autoincriminar figura, sob esse aspecto, mais como uma garantia de manutenção da paridade de armas que como um fator de desigualdade momentânea das partes. Ora, se os atores da persecução penal – polícias e Ministério Público, via de regra – já dispõem de todo o aparato estatal com vistas à colheita de provas, e se é possível verificar, historicamente, que a generalidade das acusações recai sobre sujeitos já desfavorecidos social e economicamente, em circunstâncias que já evidenciam um inicial desequilíbrio entre as partes em matéria probatória¹⁰², a desigualdade somente seria ainda

¹⁰¹ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 2014. p. 41.

¹⁰² À busca de elementos que alterem o *status quo* do réu – originalmente, o estado de inocência –, fazem-se presentes: a Polícia Civil, a Polícia Militar, a Agência Brasileira de Inteligência (ABIN), a Polícia Federal, o Conselho de Controle de Atividades Financeiras (COAF), o Banco Central do Brasil, as Comissões Parlamentares de Inquérito (CPIs), o Ministério Público, entre outros, além de todo o aparato estatal e a pressão popular. Intentando a manutenção do *status quo* de inocência do réu, por outro lado, se tem, unicamente, o advogado de defesa. É evidente, portanto, que a disparidade econômica e de materiais disponíveis conduz a uma

mais acentuada com a permissão de que se impusesse ao investigado ou acusado a produção de provas que lhe prejudiquem, sob pena de alguma sanção processual. A paridade de armas figura, sob esse aspecto, como a compreensão das desigualdades entre os sujeitos processuais, sucedida pela tentativa de equilibrar as posições destes, concedendo-lhes iguais possibilidades de influir no provimento final do processo penal.

3.2.3.4 O princípio do estado de inocência

De início, fazem-se imprescindíveis, como constantemente se tem feito no presente escrito, considerações acerca da terminologia adotada. Embora usualmente se fale em presunção de inocência, há que se asseverar que a Constituição Federal em momento algum menciona tal expressão; a Carta Magna promove, sim, a afirmação da inocência “como valor normativo a ser considerado em todas as fases do processo penal ou da persecução penal, abrangendo, assim, tanto a fase investigatória (fase pré-processual) quanto a fase processual propriamente dita (ação penal)”¹⁰³. A inocência deve ser tratada, sob esse prisma, não somente como presunção que advoga em favor do réu, mas como estado em que este se encontra e como regra de tratamento, que somente podem ser desconstituídos mediante sentença penal condenatória transitada em julgado. Esse é o atual quadrante do princípio do estado de inocência, com a conformação que lhe foi constitucionalmente emprestada.

O princípio do estado de inocência revela-se, portanto, como moeda de duas faces, cada qual correspondendo a uma regra:

Uma de tratamento, segundo a qual o réu, em nenhum momento do *iter* persecutório, pode sofrer restrições pessoais fundadas exclusivamente na possibilidade de condenação, e outra de fundo probatório, a estabelecer que todos os ônus da prova relativa à existência do fato e à sua autoria devem recair exclusivamente sobre a acusação [...].

No que se refere às regras de tratamento, o estado de inocência encontra efetiva aplicabilidade, sobretudo no campo da prisão provisória, isto é, na custódia anterior ao trânsito em julgado, e no do instituto a que se convencionou chamar de “liberdade provisória”, que nada mais é, atualmente (Lei nº 12.403/11), que a explicitação das diversas medidas cautelares pessoais, substitutivas da prisão.

Naquele campo, como se verá, o princípio exerce função relevantíssima, ao exigir que toda privação de liberdade antes do trânsito em julgado deva ostentar natureza cautelar, com a imposição de ordem judicial devidamente motivada. Em outras palavras, o estado de inocência [...] proíbe a antecipação dos resultados finais do processo, isto é, a prisão, quando não fundada em razões de extrema necessidade,

desigualdade real entre os sujeitos do processo penal – nomeadamente entre acusação e defesa. (LOPES, Marcus Vinícius Pimenta. *A paridade de armas no processo penal*. 2013.).

¹⁰³

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 2014. p. 491.

ligadas à tutela da efetividade do processo e/ou da própria realização da jurisdição penal¹⁰⁴.

Por outro lado, “presumir a inocência, no registro do Código de Processo Penal em vigor, é tarefa hercúlea, talvez impossível, justamente pela manutenção da mentalidade inquisitória”¹⁰⁵.

A inquisitorialidade presente no diploma adjetivo penal, contudo, foi atenuada pelo advento da Constituição Federal e pela reviravolta axiológica que esta promoveu no ordenamento jurídico. Se é temerário afirmar que a Carta Magna inovou completamente o sistema processual brasileiro, porquanto não versou acerca do mais delicado elemento definidor dos sistemas processuais – a gestão da prova –, não há que se negar que, pelo menos, não mais se verifica a existência de um sistema inquisitorial puro – e tampouco de um sistema acusatório puro –, senão de um sistema misto.

Do sistema inquisitório ainda restam, sobretudo, os poderes probatórios entregues ao juiz, ao passo que o princípio do estado de inocência, em conjunto com os princípio do ônus da prova e o favor rei, é especialmente peculiar ao sistema acusatório, uma vez que figurava como mera formalidade no sistema anterior¹⁰⁶.

A mudança acerca da concepção da presunção ou do estado de inocência promovida pela Constituição Federal¹⁰⁷ produziu profundos reflexos na igualdade das partes. A prisão cautelar, em especial, ensejava uma desigualdade ainda mais acentuada que aquele que hoje se verifica. A esse respeito, discorre Eugênio Pacelli de Oliveira:

O sistema prisional do Código de Processo Penal de 1941, em sua primitiva redação, foi elaborado e construído a partir de um juízo de antecipação de culpabilidade, na [...] medida em que a fundamentação da custódia (ou prisão) referia-se apenas à lei, e não a uma razão cautelar específica.

Todavia, desde a Constituição da República, em 1988, e, mais recentemente, desde a Lei nº 12.403/11, de 2008, que promoveu profundas alterações na matéria, ninguém pode negar a atual realidade do direito Processual Penal brasileiro: toda e qualquer prisão antes do trânsito em julgado da condenação deverá se fundar em ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, nos exatos termos em que se acha disposto no art. 5º, LXI [...] ¹⁰⁸.

¹⁰⁴ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 2014. p. 48.

¹⁰⁵ ROSA, Alexandre Moraes da. *Guia Compacto do processo penal conforme a teoria dos jogos*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2013. p. 67.

¹⁰⁶ ROSA, Alexandre Moraes da. *Guia Compacto do processo penal conforme a teoria dos jogos*. 2013. p. 67-70.

¹⁰⁷ Acerca da positivação do princípio da presunção de inocência pela Constituição Federal, tem-se o seguinte: “no Brasil, a presunção de inocência está expressamente consagrada no art. 5º, LVII, da Constituição, sendo o princípio reitor do processo penal e, em última análise, podemos verificar a qualidade de um sistema processual através de seu nível de observância (eficácia). [...] O princípio da presunção de inocência não precisa estar positivado em lugar nenhum: é pressuposto, nesse momento histórico, da condição humana.” (LOPES Jr., Aury. *Direito Processual Penal*. 2012. p. 549).

¹⁰⁸ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 2014. p. 491.

O princípio do estado de inocência é fundamental à manutenção da paridade de armas. Inicialmente, porque, considerando-se seu valor ideológico, constata-se se tratar de uma orientação imposta pelo constituinte: de que seja garantida a posição de liberdade do acusado em face ao interesse coletivo da repressão penal. Assim, o estado de inocência

não se revela somente no momento da decisão, como expressão da máxima *in dubio pro reo*, mas se impõe igualmente como regra de tratamento do suspeito, indiciado ou acusado, que antes da condenação não pode sofrer qualquer equiparação ao culpado; e, sobretudo, indica a necessidade de assegurar, no âmbito da justiça criminal, a igualdade do cidadão no confronto com o poder punitivo, através de um processo “justo”¹⁰⁹.

Como já se afirmou, o princípio do estado de inocência vincula-se, intimamente, ao princípio do *in dubio pro reo* e à repartição do ônus da prova – incumbência da acusação –, figurando estes dois postulados como decorrência daquele primeiro, pilar fundamental do processo penal que é. Portanto, já realizada exposição acerca desses três princípios, cabe recorrer, para encerrar o presente item, à lição de Aury Lopes Jr., que da seguinte maneira discorre acerca da relação entre os preceitos referidos:

A partir do momento em que o imputado é presumidamente inocente, não lhe incumbe provar absolutamente nada. Existe uma presunção que deve ser desconstruída pelo acusador, sem que o réu (e muito menos o juiz) tenha qualquer dever de contribuir nessa desconstrução (direito de silêncio – *nemo tenetur se detegere*). FERRAJOLI esclarece que a acusação tem a carga de descobrir hipóteses e provas, e a defesa tem o direito (e não o dever) de contradizer com contra-hipóteses e contraprovas. O juiz, que deve ter por hábito profissional a imparcialidade e a dúvida, tem a tarefa de analisar todas as hipóteses, aceitando a acusatório somente se estiver provada e, não a aceitando, se desmentida ou, ainda que não desmentida, não restar suficientemente provada. É importante recordar que, no processo penal, não há distribuição de cargas probatórias: a carga da prova está inteiramente nas mãos do acusador, não só porque a primeira afirmação é feita por ele na peça acusatória (denúncia ou queixa), mas também porque o réu está protegido pela presunção de inocência [...]. O que podemos conceber [...] é uma assunção de riscos. A defesa assume riscos pela perda de uma chance probatória. Assim, quando facultado ao réu fazer prova de determinado fato por ele alegado e não há o aproveitamento dessa chance, assume a defesa o risco inerente à perda de uma chance, logo, assunção do risco de uma sentença desfavorável. [...] Ao lado da presunção de inocência, como critério pragmático de solução de incerteza (dúvida) judicial, o princípio *in dubio pro reo* corrobora a atribuição da carga probatória ao acusador e reforça a regra de julgamento (não condenar o réu sem que sua culpabilidade tenha sido suficientemente demonstrada)¹¹⁰.

Para além dos princípios que, em determinadas situações processuais, promovem a desigualdade das partes, para, ao final, garantirem a plena observância à paridade de armas, há outros artifícios que cumprem o mesmo fim: são os recursos cujo

¹⁰⁹ COSTA, Paula Bajer Fernandes Martins da. *Igualdade no direito processual penal brasileiro*. 2001. p. 94-95.

¹¹⁰ LOPES Jr., Aury. *Direito Processual Penal*. 2012. p. 549-550.

manejo é proporcionado, pelo sistema recursal do processo penal, unicamente à defesa, acerca dos quais se discorrerá no próximo subitem.

3.2.3.5 Recursos exclusivamente defensivos (embargos infringentes ou de nulidade e recurso ordinário em *habeas corpus*)

Entre os reclamos de manejo exclusivamente defensivo estão os embargos infringentes ou de nulidade. Tratam-se de recursos previstos no artigo 609, parágrafo único, da lei adjetiva penal, que estatui que caberão aqueles contra decisão não unânime de segunda instância. Embora lhes seja dispensado o mesmo tratamento legal, os embargos infringentes e de nulidade são distintos: no primeiro, o voto vencido tem por objeto uma questão de mérito, ao passo em que, no segundo, o voto tem por objeto questões exclusivamente processuais.

É visível, inicialmente, que os embargos ora abordados diferem sensivelmente daqueles existentes no processo civil, os quais exigem que a decisão de primeira instância tenha sido favorável ao embargante. Assim, no âmbito penal, basta uma minoria divergente, em votação, na corte de segunda instância, que haja decidido desfavoravelmente ao réu – ainda que corroborando aquela já proferida pelo juízo *a quo* – para que se possam opor embargos infringentes ou de nulidade.

Ademais, é de se observar que se trata de recurso cujo manejo, em regra, somente se pode operar pela defesa – a acusação, portanto, está tolhida de fazê-lo. Diz-se “em regra” em observância à hipótese de que o Ministério Público, na condição de *custus legis* que lhe incumbe a Constituição Federal, oponha os embargos infringentes ou de nulidade, plenamente possível¹¹¹. À acusação, quando desejar interpor recurso contra decisão colegiada de tribunal que lhe haja prejudicado, restará o manejo dos recursos especial e extraordinário, cuja interposição, cercada de requisitos formais e de mérito, é consideravelmente mais intrincada.

Trata-se, como facilmente perceptível, de mais uma hipótese em que se abrandam as exigências processuais para que o réu tenha voz e, por conseguinte, maiores possibilidades de influir no provimento judicial final, ao passo em que à acusação sequer é franqueado tal recurso em desfavor do réu. A paridade de armas é, assim, atenuada, a fim de

¹¹¹ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 2014. p. 904.

que se confira aos interesses do acusado o devido resguardo, de que não gozaria não fosse a especial proteção que aquele preceito lhe proporciona.

Além dos sobreditos embargos, não se pode olvidar a existência do recurso ordinário em *habeas corpus*, que é reclamo constitucionalmente previsto, e somente pode ser dirigido ao Supremo Tribunal Federal e ao Superior Tribunal de Justiça. É cabível nas hipóteses em que *habeas corpus* é denegado ou não conhecido pelo próprio STJ – caso em que é processado perante o STF – ou pelos tribunais de justiça e tribunais regionais federais, quando será, então, de competência do STJ. Como se trata de recurso motivado pela denegação ou conhecimento de *habeas corpus*, e por ser este uma ação autônoma que somente pode ser manejada em favor da defesa, o recurso ordinário em *habeas corpus* é mais um exemplo de mecanismo engendrado pelo direito processual penal que cria uma desigualdade circunstancial – uma vez que a acusação não pode se valer, em seu proveito, do reclamo em comento – com vistas a garantir, no contexto da persecução penal, a observância da paridade de armas.

3.2.3.6 Ações de manejo defensivo (*habeas corpus*, revisão criminal e mandado de segurança)

Além dos embargos infringentes e de nulidade e do recurso ordinário em *habeas corpus*, que somente podem ser manejados em favor do réu, este pode obter a reforma de decisão judicial e ser beneficiado, também, pela via das ações impugnativas autônomas.

Há que se ressaltar que as ações impugnativas, por serem ações autônomas – isto é, externas a uma relação processual anterior – e poderem ser ajuizadas inclusive após o trânsito em julgado de uma decisão, não são recursos, muito embora a revisão criminal e o *habeas corpus* estejam inseridos, equivocadamente, no Livro III, Título II, do Código de Processo Penal, que trata dos recursos¹¹².

A revisão criminal – a qual tem em vista que erros judiciários são realidades e, uma vez verificados, o Poder Judiciário, provocado, deve determinar sua reparação – é ação de impugnação, de competência originária dos tribunais, regulamentada, na lei adjetiva penal,

¹¹² Assim como o *habeas corpus*, a revisão criminal não é recurso - embora esteja prevista como tal no Código de Processo Penal –, porquanto este exige que a decisão não haja transitado em julgado e é interposto na mesma relação jurídico-processual, ao passo que aquele pressupõe o trânsito em julgado, bem como instaura nova relação jurídico-processual (RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 2014. p. 1061.).

nos artigos 621 a 631. Em virtude do princípio da vedação de revisão *pro societate*¹¹³, ínsito ao sistema recursal do processo penal, a ação não pode ser intentada pela acusação, e ademais, em razão da vedação da *reformatio in pejus*¹¹⁴, se julgado procedente o pedido de revisão, a decisão superveniente não pode agravar a situação do réu. Uma vez absolvido o réu, nada mais se pode fazer acerca dos fatos apreciados.

A fundamentação da revisão criminal é vinculada, de sorte a evitar que se constitua uma ação penal “invertida”, que intente inocentar alguém já condenado por decisão passada em julgado. Assim, o autor da ação deve submeter-se às exigências que a lei lhe impõe no que pertine às hipóteses de cabimento. O autor da ação, a propósito, pode ser o próprio condenado, seu procurador habilitado, ou alguém que lhe represente em caso de ausência ou morte. Parte da doutrina processualista penal tem entendido que, muito embora careça de previsão legal e se trate de hipótese negada pelo Supremo Tribunal Federal, é possível o ajuizamento da revisão criminal pelo Ministério Público¹¹⁵.

A revisão criminal permite visualizar a extensão da paridade de armas. Em nome da defesa dos interesses do réu – que, neste caso, já não mais goza do estado de inocência, porquanto condenado por sentença transitada em julgado –, relativiza-se a coisa julgada, um dos mais fundamentais institutos do Estado de Direito. É evidente que tal relativização não se opera em qualquer hipótese; as cláusulas de cabimento são taxativas e, além disso, bastante rigorosas.

Há, como ação impugnativa autônoma, ainda, a par da revisão criminal, o *habeas corpus* – etimologicamente, corpo livre, solto ou aberto¹¹⁶ –, que é ação autônoma de impugnação (ou remédio processual), de natureza mandamental e com *status* constitucional¹¹⁷, consagrada como instituto voltado à proteção da liberdade de locomoção.

¹¹³ Há que se frisar, ademais, que a doutrina não se limita a citar a vedação da revisão *pro societate*, como, também, parte dela considera inaplicável o “princípio” (sem qualquer previsão legal e tampouco constitucional) do *in dubio pro societate*, ainda muito aplicado, no cotidiano forense, na fase de pronúncia dos crimes a serem julgados pelo tribunal do júri (RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 2014. p. 630-631. LOPES Jr., Aury. *Direito Processual Penal*. 2012. p. 551.).

¹¹⁴ Muito embora o Código de Processo Penal tenha relacionado a vedação da *reformatio in pejus*, em princípio, somente à apelação criminal – consoante se extrai do artigo 617 do Código de Processo Penal –, a doutrina entende extensível tal preceito a todo o sistema recursal processual penal (v. OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 2014. p. 861. e RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 2014. p. 931). A doutrina assinala, ainda, que a vedação da *reformatio in pejus* vincula-se intimamente à divergência entre os sistemas acusatório e inquisitório e à distinção entre as funções de acusar e julgar (RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 2014. p. 931).

¹¹⁵ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 2014. p. 931. Contudo, outros autores, com os quais se discorda, contestam a posição (LOPES Jr., Aury. *Direito Processual Penal*, 2012. p. 1316.)

¹¹⁶ RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 2014. p. 1028.

¹¹⁷ LOPES Jr., Aury. *Direito Processual Penal*, 2012. p. 1326.

O seu cabimento não se vincula à ação penal – ou seja, pode-se impetrar *habeas corpus* antes, durante e após a fase judicial da persecução penal, mesmo depois do trânsito em julgado de decisão restritiva de direitos, e ainda como substitutivo de recurso cabível ou de forma cumulativa a este¹¹⁸.

A finalidade do *habeas corpus*, por sua vez é, destacadamente, proteger a liberdade do paciente – aquele em prol do qual se impetra o remédio constitucional –, até mesmo de forma preventiva; dirige-se, portanto, contra ato atentatório da liberdade de locomoção, fazendo-se imprescindível a existência de ordem de prisão (*habeas corpus* preventivo) – que constitui ameaça potencial – ou que o titular do direito violado já se encontre preso, desvelando ameaça real (*habeas corpus* liberatório).

Tal como a revisão criminal, o *habeas corpus* é acompanhado de requisitos cujo cumprimento é imprescindível ao acolhimento dos pedidos formulados. Assim, se exige, a título de exemplo, que toda matéria de prova no *writ* suscitada acompanhe a petição que o veicula¹¹⁹.

E o mais importante: o *habeas corpus* figura como mais um fundamental instrumento, em favor da defesa – e jamais em prol da acusação, embora a qualquer um seja permitido impetrá-lo –, que permite que a balança da paridade de armas se incline a seu proveito. Uma vez mais, a exemplo do que se verifica em relação à revisão criminal, constata-se a relativização de certos institutos e princípios – como, por excelência, a igualdade de partes e, da mesma forma, a coisa julgada¹²⁰ –, plena e constitucionalmente justificável.

Por derradeiro, há que se citar o mandado de segurança – ação impugnativa autônoma também prevista constitucionalmente, a exemplo do *habeas corpus* –, que, embora tenha aplicabilidade reduzida na jurisdição penal, em virtude do caráter civil de que se reveste, ainda guarda sua utilidade, que se revela, por exemplo, quando a parte deseja conferir efeito suspensivo a recurso que manejara e que, legalmente, somente teria efeito devolutivo, ou quando a autoridade policial nega, arbitrariamente, ao defensor o direito de ter acesso aos autos do inquérito policial.

¹¹⁸ Há que se ressaltar que o cabimento de *habeas corpus* como substitutivo de recurso ordinário em *habeas corpus* não é unanimidade, encontrando resistência até mesmo no STF, mormente em sua 1ª Turma (v. HC nº 108.715). A solução encontrada pela corte é não conhecer o *habeas corpus*, por entender se tratar de via processual inadequada, mas concedê-lo de ofício, se verificar a existência de ilegalidade flagrante (Nota do Autor).

¹¹⁹ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 2014. p. 934.

¹²⁰ “Poderia o *habeas corpus* cumprir o papel da ação de revisão criminal, ou seja enfrentando a coisa julgada? Em primeiro lugar, responde-se afirmativamente à questão, no que toca, especificamente, ao fato de o *habeas corpus* poder rescindir a coisa julgada.” (OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 2014. p. 936.)

3.3 O PRINCÍPIO DA PARIDADE DE ARMAS NOS ATOS DE INVESTIGAÇÃO CRIMINAL PRELIMINAR

3.3.1 A coleta de indícios e provas

A produção de provas é consideravelmente afetada pela leitura que se faz do princípio da paridade de armas. Uma vez que o presente trabalho discorre, notoriamente, sobre o mencionado preceito, bem como sobre a investigação criminal – que visa, basicamente, à colheita de material probatório, com vistas ao convencimento ora do acusador, ora do julgador –, fazem-se imprescindíveis considerações sobre as provas.

No Direito, pode-se conceituar prova como “o meio instrumental de que se valem os sujeitos processuais (autor, juiz e réu) de comprovar os fatos da causa, ou seja, os fatos deduzidos pelas partes como fundamento do exercício dos direito de ação e de defesa”¹²¹.

A prova busca, assim, tornar os fatos alegados pelas partes conhecidos do juiz, a fim de que este seja convencido de sua veracidade. Portanto, o principal destinatário da prova é o juiz; porém, não podemos desconsiderar que as partes são também interessadas e, conseqüentemente, destinatárias indiretas das provas, a fim de que possam aceitar ou não a decisão judicial final como justa.

Ressalva deve ser feita para se afiançar que as provas produzidas na fase preliminar da persecução penal têm como destinatário o possível autor da ação penal.

Indício, por seu turno, “é todo e qualquer fato, ou circunstância, certo e provado, que tenha conexão com o fato, mais ou menos incerto, que se procura provar. [...] Indício é o fato indicativo”¹²².

Acerca do conceito legal de indício, assere Eugênio Pacelli de Oliveira:

Na verdade, o indício mencionado no art. 239 do CPP não chega a ser propriamente um meio de prova. Trata-se, antes disso, da utilização de um raciocínio dedutivo, para, a partir da valoração da prova de um fato ou de uma circunstância, chegar-se à conclusão da existência de um outro ou de uma outra. Com efeito, pelo indício, afirma-se a existência do conhecimento de uma circunstância do fato delituoso, por meio de um processo dedutivo cujo objeto é a prova da existência de outro fato. Parte-se, então, para um juízo de lógica dedutiva para a valoração de circunstâncias que estejam relacionadas com o fato em apuração [...]
É bom lembrar que o próprio Código de Processo Penal não faz referência expressa a fatos, mas, sim, a circunstâncias, com o que não se deve aceitar a prova da

¹²¹ RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 2014. p. 441-442.

¹²² RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 2014. p. 477.

existência do crime ou da autoria por meio de simples provas indiciárias, que são circunstanciais por excelência. Nesses casos, elas deverão ser consideradas o que verdadeiramente são: indícios.

[...] Os indícios não se qualificam, a rigor, como meio de prova; nada obstante, apresentam ou podem apresentar a mesma consequência, no que diz respeito à valoração judicial¹²³.

Expostos e cotejados os conceitos de indício e prova, é possível inferir que a única diferença entre indícios e provas reside no menor ou maior grau de confiabilidade que os elementos de informação ofereçam ao juiz.

Nesse contexto, tema por demais controvertido é a possibilidade de utilização exclusiva de prova indiciária como fundamento a uma sentença condenatória.

Eliezer Rosa, citado por Paulo Rangel, assim se manifesta acerca do tema:

O indício, na eterna ironia das coisas, é a prova predileta da vida contra os inocentes [...]. Condenar ou absolver é o que há de mais fácil e simples, quando o julgador aposta com os indícios o destino do processo. Julgar só mediante indícios e, com eles, condenar, é o adultério da razão com o acaso, nos jardins de Júpiter¹²⁴.

O próprio Paulo Rangel, contudo, diverge do autor que citara, da seguinte forma expondo seu posicionamento, favorável à possibilidade de proferir-se sentença condenatória com azo, exclusivamente, em indícios:

Primeiro, devemos verificar qual a sua natureza jurídica: como vimos acima, trata-se de um verdadeiro meio de prova. Ou seja, é o caminho utilizado pelo magistrado para formar a sua convicção acerca dos fatos ou das coisas que as partes alegam. Segundo, se o indício está sendo corroborado com as informações contidas no inquérito policial, ou seja, não obstante não haver outros elementos de prova nos autos do processo, há, no procedimento administrativo que serviu de base à denúncia, informações que se coadunam com os indícios. Terceiro, que diante do sistema do livre convencimento motivado e do princípio da verdade processual, o juiz está livre para decidir de acordo com a sua própria consciência, fundamentando sua decisão nos meios de provas constantes dos autos, podendo ser submetida sua decisão ao crivo do tribunal, face ao duplo grau de jurisdição¹²⁵.

¹²³ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 2014. p. 430.

¹²⁴ ROSA, Eliezer *apud* RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 2014. p. 481.

¹²⁵ RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 2014. p. 482. No mesmo sentido manifestam-se outros autores, favoravelmente à utilização de indícios para a condenação. “O indício é um fato secundário, conhecido e provado, que, tendo relação com o fato principal, autorize, por raciocínio indutivo-dedutivo, a conclusão da existência de outro fato secundário ou outra circunstância. É uma prova indireta, embora não tenha, por causa disso, menor valia. O único fator – e principal – a ser observado é que o indício, solitário nos autos, não tem força suficiente para levar a uma condenação, visto que esta não prescinde de segurança. [...] A indução nos permite aumentar o campo do conhecimento, razão pela qual a existência de vários indícios torna possível formar um quadro de segurança compatível com o almejado pela verdade real, fundamentando uma condenação ou mesmo uma absolvição. Os indícios são perfeitos tanto para sustentar a condenação, quanto para a absolvição. Há autorização legal para a sua utilização e não se pode descurar que há muito preconceito contra essa espécie de prova, embora seja absolutamente imprescindível ao juiz utilizá-la.” (NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal Comentado*. 2013. p. 551-553.). “Não é incomum encontrar-se em inúmeros inquéritos, e mesmo no curso de ações penais, referências genéricas às provas indiciárias, dando-lhes, porém, o sentido de suposições ou suspeitas lógicas, dependentes, sempre, da produção de novos elementos de prova para a constatação do fato. No entanto, não é essa a interpretação a ser feita no âmbito da prova no processo penal. Indício significa o juízo – lógico, sim – por meio do qual, a partir da comprovação de um fato ou de uma circunstância, se deduz a

Aury Lopes Jr., por seu turno, a exemplo de Eliezer Rosa, também manifesta-se a favor da impossibilidade da condenação arvorada, unicamente, em indícios:

Não há que se confundir indícios com provas (ainda que toda prova seja um indício do que aconteceu), ainda que o Código os tenha colocado dentro do Título VII, muito menos quando se trata de valoração na sentença. Ou seja, ninguém pode ser condenado a partir de meros indícios, senão que a presunção de inocência exige prova robusta para um decreto condenatório. Pensar o contrário significa desprezar o sistema de direitos e garantias previstas na Constituição, bem como situar-se na contramão da evolução do processo penal, perfilando-se, lado a lado, com as práticas inquisitórias [...]¹²⁶

Outra relevante questão a se pontuar é a possibilidade, acolhida quase que de forma unânime¹²⁷, de se justificar uma prisão cautelar ou um sequestro de bens, a título de exemplo, com base em indícios, uma vez que se tem, nesses casos, uma cognição sumária e limitada ao *fumus comissi delicti* – expressão cunhada pela doutrina processualista penal que designa um dos requisitos, além do *periculum in libertatis*, nos casos de privação de liberdade, para a imposição de medidas cautelares.

Por derradeiro, é possível refletir que, em decorrência de um desequilíbrio da paridade de armas – dinâmica que é – em favor do acusado, os indícios, tanto quanto as provas, revelando-se insuficientes para a condenação, não ilidirão a presunção de inocência que advoga em prol do réu.

3.4 O PRINCÍPIO DA PARIDADE DE ARMAS NA REALIZAÇÃO DAS MEDIDAS CAUTELARES

Embora se saiba que as medidas cautelares podem ser realizadas, com diferentes traços, tanto na fase instrutória preliminar, quanto na fase judicial da persecução penal, acerca dessas medidas discorrer-se-á, de modo geral, no presente item, avaliando a sua relação com a paridade de armas.

existência de outro(a) (fato ou circunstância). É dizer: a prova obtida pelo indício é fruto unicamente de uma operação intelectual, cuja premissa, necessária, é a existência de uma prova material sobre determinado fato ou circunstância. [...] Como meio de prova que é, o indício valerá na exata medida de sua idoneidade para o convencimento. Como se trata de prova crítica (obtida por meio de processo intelectual lógico) e não histórica (normalmente materializada nos autos), a força de convencimento desse tipo de prova dependerá da maior ou menor solidez de sentido da regra de experiência a ser aplicada ao caso concreto.” (OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 2014. p. 472.).

¹²⁶ LOPES Jr., Aury. *Direito Processual Penal*. p. 707.

¹²⁷ Dentre os autores consultados, somente Aury Lopes Jr. apresentou ressalva – a qual, contudo, se entende desarrazoada – à possibilidade (LOPES Jr., Aury. *Direito Processual Penal*. p. 708.)

A esse respeito, há quem diga que as medidas cautelares, em decorrência das restrições de direito que justificada e fundamentadamente promovem, impede que se considere a paridade de armas como regra do processo penal¹²⁸.

Com o devido acato, contudo, discorda-se da posição referida. Como aludido, a paridade de armas não impõe um equilíbrio estático; uma imutável igualdade entre as partes. Ao revés, é dinâmica, permitindo que, a cada procedimento ou situação jurídica ou legal que compõem o processo, haja um desequilíbrio, desde que justificado, em favor de uma das partes.

E a possibilidade de imposição de medidas cautelares bem ilustra tal concessão proporcionada pelo dinamismo da paridade de armas. Para que sejam impostas aquelas, a balança da (relativa!) igualdade das partes pende, temporariamente, em favor da acusação, com vistas a garantir o normal desenvolvimento do processo.

A respeito da realização de medidas cautelares durante a investigação criminal, é de se observar que, muito embora seja classicamente concebido como objeto de investigação – e, mais hodiernamente, seja, também, encarado como titular de direitos –, “o indiciado tem um *status libertatis* que não pode ser atingido, salvo nos casos estritamente previstos em lei, e sob a forma que esta determina”¹²⁹. Cabe adicionar, ainda, que a decisão judicial deve ser fundamentada e, na hipótese de decretação de prisão, deve justificar a preferência desta em detrimento de outras medidas cautelares.

O clássico processualista José Frederico Marques menciona, nesse contexto, medidas de coação processual penal. “A coação processual pessoal consiste em limitação mais ou menos intensa da liberdade individual de uma pessoa, para fins processuais”¹³⁰, explana o autor.

Assim, durante toda a persecução penal – seja em sua fase prévia, seja em sua fase judicial –, é possível a tomada de providências, eivadas de fim coativo, que impliquem em restrição da liberdade do sujeito coato.

¹²⁸ As medidas cautelares de natureza processual penal, que têm como requisito o *fumus delicti* e como fundamento o “perigo ao normal desenvolvimento do processo”, apresentam como característica, ainda, a excepcionalidade, na medida em que limitam a liberdade ou suprimem bens, quando imprescindível à busca da verdade e ao desenrolar procedimental certo e seguro. A restrição de direitos operada pelas medidas cautelares – restrição à liberdade, à privacidade, à propriedade –, antes de sentença condenatória transitada em julgado, impede que a paridade de armas seja considerada regra do Direito Processual Penal (COSTA, Paula Bajer Fernandes Martins da. *Igualdade no direito processual penal brasileiro*. 2001. p. 101).

¹²⁹ MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal*. v. 1. 1997. p. 88.

¹³⁰ MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal*. v. 1. 1997. p. 159.

Os atos de coação processual – na denominação proposta por José Frederico Marques – podem recair não somente sobre a pessoa – hipótese em que se verificam medidas cautelares pessoais –, mas, também, sobre coisas e objetos, restando o proprietário destas privado de seu uso, caso em que se trata de medidas cautelares reais.

Os atos de coação, ademais, podem constituir, ainda na classificação de José Frederico Marques, atividade persecutória, atividade cautelar, ou atividade instrutória¹³¹. Nas palavras do autor,

Atos coativos de natureza persecutória são aqueles que se realizam antes da instauração da relação processual, na fase investigatória e informativa que a precede. Atos coativos de jurisdição cautelar são aqueles praticados no curso do processo com o caráter de providência jurisdicional destinada a evitar os efeitos do *periculum in mora* [ou *periculum in libertatis*, em denominação que a mais recente doutrina processualista penal vem adotando, apropriadamente], como a prisão preventiva. [...] Atos coativos de natureza instrutória são aqueles praticados, no processo, para a obtenção de dados e elementos de convicção sobre o fato delituoso e respectiva autoria, bem como sobre a personalidade do acusado, tais como as buscas e apreensões, a condução coercitiva do acusado (artigo 260) e do ofendido, e o exame de sanidade mental do réu (artigos 149 a 154).

Revela-se oportuno, nesse contexto, um aprofundamento referente às medidas que se podem adotar sob a jurisdição instrutória – “aquela espécie de potestade jurisdicional que é fornecida ao juiz a fim de que ele possa prover-se dos meios, ou seja, das razões e das provas, necessárias à decisão”¹³². Assim, Francisco Bissoli Filho assevera:

Encontram-se, de uma ou de outra forma, sob a jurisdição instrucional, as medidas de urgência do processo penal, que podem ser classificadas em pessoais, instrutórias e patrimoniais. Enquanto as primeiras “cuidam do *status libertatis* do imputado”, protegendo-o ou restringindo-o, as medidas de urgência instrutórias se destinam à proteção das provas que serão examinadas pela autoridade judiciária, a fim de “viabilizar um melhor conhecimento a respeito dos fatos em virtude dos quais se pretende aplicar norma de natureza penal”; por fim, as medidas de urgência patrimoniais “pretendem compensar ou ao menos minimizar os prejuízos econômicos causados pela infração penal ao ofendido, dando-lhe instrumentos com os quais poderá garantir o princípio da responsabilidade patrimonial”. Formam o conjunto de medidas pessoais de urgência as medidas privativas de liberdade, entre as quais se encontram a prisão preventiva, a prisão em flagrante, a prisão decorrente de pronúncia, a prisão decorrente de sentença condenatória recorrível e a prisão temporária, e as medidas protetivas da liberdade do imputado, nas quais se inserem todas as formas de liberdade vinculada, com ou sem fiança. As medidas instrutórias de urgência, por sua vez, dividem-se em administrativas e jurisdicionais. As primeiras compreendem o inquérito policial e o auto de prisão em flagrante, e as segundas, o depoimento *ad perpetuam rei memoriam* e a busca e apreensão de elementos de prova decretada pela autoridade judiciária. Por fim, as medidas patrimoniais de urgência abrangem o sequestro dos proventos – móveis e

¹³¹ MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal*. v. 1. 1997. p. 159.

¹³² CARNELUTTI, Francesco *apud* BISSOLI FILHO, Francisco. *Linguagem e Criminalização: a constitutividade da sentença penal condenatória*. 2011. p. 161.

imóveis – do crime, a especialização da hipoteca penal, o arresto prévio e o arresto subsidiário¹³³.

Interessante observação acerca das medidas cautelares e de seus mais inerentes elementos faz Paulo Rangel, que enumera algumas de suas características:

Jurisdicionalidade – análise judicial; medidas de restrição a direitos; há exceções (ex.: flagrante, busca e apreensão em domicílio com consentimento do investigado e fiança prestada por policial);
 Acessoriedade – depende da medida principal; havendo o resultado do principal, a cautelar perde sua eficácia;
 Instrumentalidade hipotética – a cautelar presta-se a como instrumento à medida principal; asseguram a eficácia desta;
 Provisoriedade – a cautelar dura enquanto não proferida a medida principal e enquanto presentes os requisitos;
 Homogeneidade – necessidade, adequação e proporcionalidade (CPP, 282); não prender cautelarmente quando não for possível prender definitivamente¹³⁴.

É inviável, atualmente, abordar as medidas cautelares sem tratar das modificações inseridas no sistema processual penal brasileiro pela Lei nº 12.403/11. Com a edição da nova norma, “assumiu-se a natureza cautelar de toda prisão antes do trânsito em julgado; junto a isso, ampliou-se o leque de alternativas para a proteção da regular tramitação do processo penal, com a instituição de diversas outras modalidades de medidas cautelares”¹³⁵. Além disso, a partir do novo diploma legal, todas as restrições de direitos pessoais e à liberdade de locomoção previstas no Código de Processo Penal, antes do trânsito em julgado, recebem a designação de medidas cautelares. Outras cautelares, é prudente citar, já existiam, desde o início do Código de Processo Penal, sem, porém, que carregassem essa denominação.

Acerca das supervenientes modificações introduzidas pela já aludida Lei nº 12.403/11, Eugênio Pacelli de Oliveira tece as seguintes considerações:

- há que se salientar que, embora se tenha cunhado o termo “liberdade provisória”, criado na CF e utilizado no CPP, por obra da Lei nº 12.403/11, assim se fez impropriamente, porque a liberdade jamais será provisória; é, sim, regra. Mesmo quando houver condenação a pena privativa de liberdade, esta não será cumprida eternamente - por vedação da própria CF -; ou seja, por via oblíqua, pode-se afirmar que será provisória.
- as prisões, medidas cautelares e liberdade provisória têm o mesmo papel e a mesma função processual: acautelar os interesses da jurisdição criminal
- as medidas cautelares diversas da prisão poderão ser impostas independentemente de prévia prisão em flagrante); podem ser impostas na fase investigatória e na processual
- as medidas cautelares diversas da prisão poderão substituir a prisão em flagrante, quando incabível a prisão preventiva

¹³³ BISSOLI FILHO, Francisco. *Linguagem e Criminalização: a constitutividade da sentença penal condenatória*. 2011. p. 161.

¹³⁴ RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 2014. p. 741.

¹³⁵ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 2014. p. 488.

- a liberdade provisória significa o gênero que engloba as espécies de restituição da liberdade após a prisão em flagrante. Não é fundamento para a aplicação de medidas cautelares sem anterior prisão em flagrante. A base legal para estas é o CPP, 282, § 2º.
- a prisão preventiva poderá ser imposta independentemente de alguma medida cautelar ou em substituição a alguma destas, se previamente impostas e descumpridas; pode ser imposta como conversão da prisão em flagrante, quando insuficientes outras cautelares
- prisão preventiva poderá ser substituída por cautelar menos gravosa, quando adequada e suficiente¹³⁶.

Elaboradas essas breves considerações acerca das medidas cautelares – que, como se viu, podem ser realizadas em ambas as fases da persecução penal –, retoma-se o cotejo entre aquelas e o princípio da paridade de armas.

A realização de medidas cautelares revela uma situação, entre várias outras que ocorrem ao longo da persecução criminal, em que o equilíbrio da paridade de armas pende em favor de uma das partes da persecução criminal – a no presente caso, em prol da Polícia ou da acusação¹³⁷, as quais, ao requererem a imposição das medidas cautelares, visam ao normal andamento do processo, para, ao final, verem acolhida a pretensão punitiva do Estado em nome do qual atua.

Embora se cuide, sem dúvida, de situações que favorecem, sobremaneira, a acusação e a coloquem em posição vantajosa, tal formulação do sistema processual penal é perfeitamente possível e consentânea com os princípios constitucionais pertinentes. Ora, basta averiguar que, em outras tantas situações jurídicas ao longo da persecução, o réu ou investigado é beneficiado por vários institutos do direito processual penal, dos quais vários foram objeto de considerações neste trabalho. Além disso, nas situações em tela neste item, a defesa pode se servir de remédios constitucionais – tais como o *habeas corpus* e o mandado de segurança – para prevenir e obstar a decretação de medidas cautelares.

¹³⁶ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 2014. p. 488-489.

¹³⁷ Além da Polícia e da acusação, a iniciativa acerca das medidas cautelares também é franqueada ao próprio juiz, que pode, de ofício, decretá-las. Trata-se, contudo, de hipótese refutada pelo sistema acusatório, embora o Código de Processo Penal ainda a preveja e a jurisprudência mais expressiva não a afaste (Nota do Autor).

3.5 O PRINCÍPIO DA PARIDADE DE ARMAS NOS ATOS DE INVESTIGAÇÃO CRIMINAL PROCESSUAL

3.5.1 A produção da prova

Embora a fase pré-processual da persecução penal seja aquela na qual, por excelência, se procede à investigação criminal, também na fase judicial há investigação.

Há relevantes diferenças, contudo, entre as provas resultantes da investigação que se realiza em procedimento administrativo, precedente à ação penal, e aquelas produzidas em juízo – portanto, perante o julgador, embora, por imposição do sistema acusatório, via de regra, não por ele. Neste caso, há mais relevante atividade das partes, ao passo em que, na fase preliminar da persecução penal, as provas são, em geral, produzidas por terceiros. A polícia judiciária é, por excelência, o “terceiro” mais comumente encarregado da produção de provas pré-processuais. Esse panorama, todavia, vem se alterando sensivelmente nos últimos anos, com a maior participação de outras autoridades administrativas, a exemplo do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF), da Receita Federal, dos Tribunais de Contas e – o que mais interessa ao presente trabalho – com a assunção de poderes investigatórios pelo Ministério Público, bem como com o ingresso, na seara probatória, da defesa, sobretudo quando desempenhada por grandes escritórios de advocacia.

Essas breves considerações já permitem inferir que a igualdade das partes é mais rigorosamente conservada perante a jurisdição instrutória (já anteriormente definida no item 3.4), justamente em decorrência da maior e mais direta atividade das partes, além da plena garantia do contraditório, que pouco se faz presente na fase pré-processual.

E a vigência de um sistema que, se não é acusatório, é, ao menos, misto – guardadas as ressalvas já elaboradas (item 2.3) – contribui ainda mais para a manutenção de uma paridade de armas, uma vez que aquele sistema impõe a existência de um juiz imparcial e que se abstenha de qualquer produção probatória¹³⁸.

¹³⁸ “Conforme já ficara claro anteriormente, no estudo do processo penal e da respectiva audiência no sistema inquisitório, a atividade instrutória fica totalmente deferida ao juiz. É ele o único verdadeiro responsável pela produção da prova, até porque o processo inquisitório puro não dispõe de partes, em sentido formal. [...] No sistema acusatório, ao contrário do que ocorre com o inquisitório, a atividade instrutória é completamente deferida às partes técnicas, reduzindo-se a uma parca exceção qualquer intervenção do juiz. A atividade instrutória, no sistema acusatório puro, é completamente deferida às partes técnicas: ao juiz resta a atividade administrativa, de vigilância sobre o equilíbrio da relação processual.” (RAMOS, João Gualberto Garcez. *Audiência processual penal: doutrina e jurisprudência*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996. p. 202-203)

A igualdade das partes, contudo, mesmo na instrução probatória judicial, não é absoluta. Basta averiguar que a defesa, no jogo processual, goza de certa vantagem, uma vez que a prova da acusação, em regra, é refeita a partir da prova pré-processual – sendo, muitas vezes, mera repetição desta – e, por isso, é muito difícil surpreender a defesa, ao passo que esta pode se valer de elementos probatórios até então não apresentados na persecução criminal, dada a sua maior proximidade com os fatos que se investigam. Além disso, a prova da defesa é produzida em momento posterior e não pode, em regra, ser destruída pela acusação.

Na instrução probatória judicial, ademais, a produção probatória instrumentaliza-se pela garantia da jurisdição. Acerca desta, Aury Lopes Jr. leciona que

é estruturante do processo penal, na medida em que sem ela falta o elemento-chave para o estabelecimento da estrutura dialética ínsita àquele. [...] Devemos considerar a divisão do processo penal em fase pré-processual (investigação preliminar) e fase processual, pois ambas possuem características completamente diversas no que se refere ao contraditório, defesa, publicidade, finalidade etc.

Prossegue o autor fazendo relevante distinção entre os atos de prova – aqueles realizados perante a jurisdição instrutória – e os atos de investigação:

Considerando que a principal garantia que temos é a da jurisdição e, como consectário lógico dela, a de ser julgado com base na prova produzida dentro do processo, com todas as garantias do *due process of law*, é muito importante distinguir os atos (verdadeiramente) de prova daqueles meros atos de investigação (produzidos na fase “pré-processual”).

Assim, são atos de prova aqueles que:

1. estão dirigidos a convencer o juiz de uma afirmação;
2. estão a serviço do processo e integram o processo penal;
3. dirigem-se a formar a convicção do juiz para o julgamento final - tutela de segurança;
4. servem à sentença;
5. exigem estrita observância da publicidade, contradição e imediação;
6. são praticados ante o juiz que julgará o processo.

Substancialmente distintos, os atos de investigação (realizados na investigação preliminar):

1. não se referem a uma afirmação, mas a uma hipótese;
2. estão a serviço da investigação preliminar, isto é, da fase pré-processual e para o cumprimento de seus objetivos;
3. servem para formar um juízo de probabilidade, e não a convicção do juiz para julgamento;
4. não exigem estrita observância da publicidade, contradição e imediação, pois podem ser restringidas;
5. servem para a formação da *opinio delicti* do acusador;
6. não estão destinados à sentença, mas a demonstrar a probabilidade do *fumus comissi delicti* para justificar o processo (recebimento da ação penal) ou o não processo (arquivamento);
7. também servem de fundamento para decisões interlocutórias de imputação (indiciamento) e adoção de medidas cautelares pessoais, reais ou outras restrições de caráter provisional;

8. podem ser praticadas pelo ministério Público ou pela Polícia Judiciária¹³⁹.

Endossando a diferenciação referida, José Frederico Marques pondera que

a investigação não se confunde com a instrução. Objeto da primeira é a obtenção de dados informativos para que o órgão da acusação verifique se deve ou não propor a ação penal. Objeto do procedimento instrutório, ou é a colheita de provas para demonstração da legitimidade da pretensão punitiva, ou do direito de defesa [...]. A investigação se destina a por o fato em contato com o órgão da ação penal, e a instrução o fato em contato com o juiz. Aliás, o Código de Processo Penal distingue perfeitamente o inquérito policial (artigos 4º a 23), que é procedimento investigatório [a referência do Código de Processo Penal ao Inquérito Policial, quase como que sinônimo de investigação criminal, justifica-se pela hegemonia que este ostenta perante outros da mesma espécie], da instrução criminal (artigos 394 a 405)¹⁴⁰.

A distinção supra conduz à conclusão no sentido de que o inquérito policial e os outros procedimentos investigativos que materializam a fase pré-processual da persecução penal somente geram atos de investigação e, como tais, de limitado valor probatório. Seria um contrassenso outorgar maior valor a uma atividade realizada por um órgão administrativo, muitas vezes sem nenhum contraditório ou possibilidade de defesa e, ainda, não raro sob o manto do sigilo. Somente são considerados atos de prova e, portanto, aptos a fundamentarem a sentença, aqueles praticados dentro do processo, à luz da garantia da jurisdição e demais regras do devido processo penal. Aliás, não é outra a conclusão que se extrai da leitura do artigo 155 do Código de Processo Penal¹⁴¹, do qual se depreende somente ser autorizada a utilização dos atos de investigação como suporte para a condenação se acompanhados de provas produzidas na instrução probatória judicial.

No mesmo sentido, evidenciando a relevância da participação direta das partes na instrução judicial, José Frederico Marques assevera que

a bilateralidade processual do *audiatur et altera pars* é também obrigatória para qualquer instrução judicial, pouco importando que haja um período instrutório autônomo, ou juízo da formação da culpa, ou que a fase instrutória seja apenas um dos momentos procedimentais da relação processual¹⁴².

A instrução judicial constitui-se, assim, no complexo das atividades probatórias desempenhadas pelo e perante o juiz, com vistas a instruí-lo sobre o fato; a instrução

¹³⁹ LOPES Jr., Aury. *Direito Processual Penal*. 2012. p. 546-547. Cabe acrescentar que, embora decisão condenatória não possa ser fundamentada, exclusivamente, com base nos elementos informativos colhidos na investigação, esses também podem ser utilizados, desde a esses sejam acrescentados elementos de prova produzidos na fase judicial da persecução penal, conforme se extrai do artigo 155 do Código de Processo Penal (Nota do Autor).

¹⁴⁰ MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal*. v. 1. 1997. p. 139.

¹⁴¹ “Art. 155. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas.”

¹⁴² MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal*. v. 1. 1997. p. 88.

judiciária é, literalmente, a instrução do juiz, cuja iniciativa probatória é bastante reduzida no sistema acusatório¹⁴³.

As observações tecidas acerca da produção probatória nas fases preliminar e judicial da persecução penal endossam a afirmação já realizada: a paridade de armas é mais visível na instrução judiciária. No entanto, há que se levar em consideração que a persecução penal, embora dividida em partes, é una e indivisível. Assim, a paridade de armas, conquanto melhor visualizada na fase judicial, também se faz presente na fase preliminar – de forma bastante mitigada, é verdade.

3.5.2 Nos debates

O processo, concebido como entidade complexa, incorpora a ideia de relação processual e de procedimento e, assim, sob a perspectiva da linguagem, revela-se como nada mais do que a comunicação entre as partes do processo, composto este de inúmeros atos de linguagem, que se desenvolvem de forma regrada, isto é, por meio do procedimento, e que são constitutivos de situações jurídicas. Os sistemas processuais que historicamente se construíram, na realidade, buscam ampliar ou limitar o espaço da linguagem ou do silêncio¹⁴⁴.

O juiz inquisidor concebido pelo sistema inquisitório não tem necessidade de estimular quem quer que seja a uma atividade instrutória ou crítica mais apurada. Ao contrário, tem necessidade, imposta pelo sistema, de desestimular a dialética, a discussão, de castrar toda a possibilidade de alternatividade. Ao revés, no processo puramente acusatório, há maior importância conferida à atividade crítica das partes técnicas¹⁴⁵; neste, ademais, o procedimento acusatório desenvolve-se em função da atividade probatória e, principalmente, crítica das partes técnicas, a qual se desenvolve por meio dos debates orais.

Acerca da atividade crítica, leciona João Gualberto Ramos Garcez:

Denomina-se atividade crítica da audiência processual penal toda a apreciação juridicamente fundada, nela ocorrida e emanada das partes técnicas, acerca do mérito do caso penal em discussão ou do respectivo processo penal condenatório, sob o prisma de sua regularidade.

¹⁴³ BISSOLI FILHO, Francisco. *Linguagem e Criminalização: a constitutividade da sentença penal condenatória*. 2011. p. 161.

¹⁴⁴ BISSOLI FILHO, Francisco. *Linguagem e Criminalização: a constitutividade da sentença penal condenatória*. 2011. p. 208.

¹⁴⁵ RAMOS, João Gualberto Garcez. *A audiência processual penal: doutrina e jurisprudência*. 1996. p. 140-142.

Durante toda a audiência processual penal, essa atividade se realiza nos debates orais propriamente ditos e nos incidentes e questões de ordem levantados pelas partes técnicas¹⁴⁶.

A atividade crítica é, em sentido amplo, postulatória, porquanto procura obter do juiz um pronunciamento sobre o mérito da causa ou uma resolução de mero conteúdo processual, embora divirja da atividade propriamente postulatória, que consiste no pedido de uma sentença de mérito.

De fato, ressalvada a exceção da ação penal de titularidade privada, a atividade de autor e réu, na audiência processual penal, é, essencialmente, crítica e apenas acidentalmente petitória. Têm relevo, uma vez iniciado o processo penal condenatório, não mais os pedidos de condenação ou de absolvição, mas a análise do caso, das provas produzidas, ou do próprio processo penal condenatório, realizada pelas partes técnicas.

O ponto crucial da atividade crítica desempenhada pelas partes processuais é, com efeito, a análise, sob um prisma jurídico, das provas produzidas, seja no que toca a seu conteúdo, seja no que se refere ao modo de sua aquisição – se juridicamente hígido ou não.

Assim é que o Ministério Público, nas alegações orais que profere durante a audiência processual penal, examina ora o mérito do caso penal que submeteu ao juiz, quando ofereceu denúncia, ora o próprio processo penal condenatório, sob o prisma da sua regularidade.

Quanto ao mérito do caso penal, diferença relevante é que seu exame pelo Ministério Público é feito, então, a partir de um ponto de vista diverso do que outrora tivera, quando deu início ao processo. Naquele primeiro momento, contava, apenas, com os elementos de convicção do inquérito policial ou das peças de informação. No exame de mérito feito durante a audiência processual penal, pode manter a mesma tese do momento da formação da *opinio delicti* ou modificá-la. Sem analisar o mérito, a parte técnica pode, outrossim, criticar o próprio processo em que se produziu a prova. Nesse caso, sua atividade crítica terá por objeto a regularidade formal da instância.

Por fim, a atividade crítica desenvolvida em audiência processual penal permite que os argumentos sejam contrastáveis à medida que vão sendo emitidos.

Portanto, os debates orais realizados ao cabo da audiência de instrução criminal materializam a atuação das partes no sentido de exposição de suas respectivas arguições acerca do material colhido no curso daquela instrução criminal.

¹⁴⁶
307.

RAMOS, João Gualberto Garcez. *A audiência processual penal: doutrina e jurisprudência*. 1996. p.

É necessário ter em mente, portanto, a concepção da paridade de armas que já se afixou neste trabalho: a de que este preceito implica em proporcionar às partes iguais condições de fazer valer as suas razões perante o julgador e influir no provimento judicial. Assim, acusação e defesa argumentam, com base nas provas colhidas, segundo suas convicções. Via de regra, a acusação, por meio do representante do Ministério Público (em se tratando ação penal pública) ou do ofendido (na hipótese de ação penal privada), pleiteia a condenação do réu. A defesa, por seu turno, objetiva a melhor posição possível para o acusado, partindo, a toda evidencia, de um pleito absolutório. As partes, portanto, analisam as provas, criticam os elementos colhidos, apoiam-se numa ou noutra circunstância, para, então, concluírem segundo os seus interesses, visando, sempre, o convencimento do julgador¹⁴⁷.

E é nesse momento – a realização dos debates orais – que se visualiza um equilíbrio bastante – embora não integralmente – equânime sobre o qual se apoia a paridade de armas. As partes estão em situações praticamente idênticas e podem lançar mão dos mesmos artifícios de linguagem. Ainda assim, há que se assinalar que o réu continua albergado por uma série de direitos que em seu favor operam. Cabe citar que leva vantagem a defesa por ter a oportunidade de manifestar-se depois, ao passo em que a acusação, em regra, não pode rebater. No tribunal do júri, por exemplo, há a réplica e a tréplica; após o exercício desta, que é desempenhado pela defesa, a acusação não mais se pronuncia.

Encerrando a exposição, recorre-se à obra de Aury Lopes Jr., que assim enuncia:

O contraditório pode ser inicialmente tratado como um método de confrontação da prova e comprovação da verdade, fundando-se não mais sobre um juízo potestativo, mas sobre o conflito, disciplinado e ritualizado entre partes contrapostas: acusação [...] e a defesa [...]. É imprescindível para a própria existência da estrutura dialética do processo. O ato de contradizer a versão afirmada na acusação (enquanto declaração petitória) é ato imprescindível para um mínimo de configuração acusatória do processo. O contraditório condiz ao direito de audiência e às alegações mútuas das partes na forma dialética. Por isso, está intimamente relacionado com o princípio do *audiatur et altera pars*, pois obriga que a reconstrução da pequena história do “delito” seja feita com base na versão da acusação (vítima), mas também com base no alegado pelo sujeito passivo. O adágio está atrelado ao direito de audiência, o qual o juiz deve conferir a ambas as partes, sob pena de parcialidade. [...] O juiz deve dar “ouvida” a ambas as partes, sob pena de parcialidade, na medida em que conheceu apenas metade do que deveria ter conhecido. Considerando o que dissemos acerca do “processo como jogo”, das chances e estratégias de que as partes podem lançar mão (legitimamente) no processo, o sistema exige apenas que seja dada a “oportunidade de fala”. Ou seja, o contraditório é observado quando se criam as condições ideais de fala e oitiva da outra parte [...].

¹⁴⁷ SALLES Jr., Romeu de Almeida. *Inquérito Policial e Ação Penal: indagações, doutrina, jurisprudência, prática*. São Paulo: Editora Saraiva, 1998. p. 404.

A interposição de alegações contrárias frente ao órgão jurisdicional, a própria discussão [...] não só é um eficaz instrumento técnico que utiliza o direito para obter a descoberta dos fatos relevantes para o processo, senão que se trata de verdadeira exigência de justiça que nenhum sistema de Administração de Justiça pode omitir¹⁴⁸.

Verifica-se, portanto, ao fim do presente capítulo, que a paridade de armas, como equilíbrio dinâmico que é, se estrutura de distintas formas ao longo da persecução penal, sempre com vistas a garantir a igualdade entre as partes, embora, circunstancialmente, se verifiquem desigualdades, justificáveis pela situação processual.

Algumas dessas desigualdades são verificáveis na fase preliminar da persecução penal, as quais serão abordadas no próximo capítulo.

¹⁴⁸LOPES Jr., Aury. *Direito Processual Penal*. 2012. p. 544-545.

4 O PRINCÍPIO DA PARIDADE DE ARMAS NA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL PELO MINISTÉRIO PÚBLICO E PELA DEFESA

4.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O presente capítulo, dividido em quatro itens, versará, essencialmente, sobre o princípio da paridade de armas na investigação criminal realizada pelo Ministério Público e pela defesa, embora a esta discussão seja também salutar abordar a tradicional e dominante investigação policial.

Inicialmente, discorrer-se-á sobre esta, como forma predominante de investigação criminal, e sobre as suas deficiências, abrangendo tanto os crimes investigados pela Polícia quanto os crimes pouco investigados por esta. Tal abordagem é imprescindível, a fim de que se confronte o atual modelo dominante de instrução preliminar e aquele em que o Ministério Público é a agência estatal atuante.

Em um segundo momento, abordar-se-ão os aspectos relacionados às investigações realizadas pelo Ministério Público em face do princípio da paridade de armas, abrangendo tanto o surgimento e as controvérsias acerca desse modelo investigatório quanto as razões para que o *Parquet* realize atos de investigação criminal e os crimes mais frequentemente investigados por essa instituição.

Adiante, analisar-se-ão os atos de investigação realizados pela defesa, igualmente em face ao princípio da paridade de armas, isto é, os atos de investigação criminal que, mais hodiernamente, vêm sendo promovidos também pelos sujeitos passivos da persecução criminal – os investigados em procedimentos administrativos, como o é o inquérito policial, e os réus de ações penais –, sobretudo quando representados por grandes escritórios de advocacia criminal; tratar-se-á, em outros termos, da investigação criminal defensiva.

Ambas as descrições dos modelos investigatórios dar-se-ão em cotejo com o princípio da paridade de armas, acerca do qual se discorreu no capítulo anterior, a fim de se verificar, ao final, se é correta a hipótese acerca da qual orbita o presente trabalho, no sentido de que a assunção de poderes investigatórios pelo Ministério Público em matéria criminal não resulta em violação ao princípio da paridade de armas. O último item, portanto, se ocupará de tecer considerações finais acerca da investigação criminal promovida pelo Ministério Público

e pela defesa, em confronto com a igualdade de partes, destacadas as circunstanciais desigualdades processuais e as formas de equilibrá-las, dentre as quais se insere a possibilidade de tanto sujeito ativo quanto sujeito ativo da persecução criminal promoverem apurações criminais.

4.2 A INVESTIGAÇÃO POLICIAL E SUAS DEFICIÊNCIAS

4.2.1 As deficiências da investigação policial em face da sua predominância no sistema processual brasileiro

Já se demonstrou, no subitem 2.2.3 do capítulo I, que o modelo de instrução preliminar adotado no Brasil é, primordialmente, o da investigação policial, que se materializa no inquérito policial. Retomando, brevemente, as considerações já elaboradas, vale lembrar que essa escolha se deu em função da ampla extensão territorial do país, o que o legislador concebeu como óbice à investigação mediante um juiz instrutor. Assim, pairavam perante o legislador, segundo a concepção de então, somente dois modelos: o da investigação policial e o do juiz instrutor, sendo eleito o primeiro¹⁴⁹. O modelo de promotor investigador, vale dizer, sequer figurou, para o legislador, como uma das possíveis opções a ser adotada.

Elemento que bem permite visualizar a preferência de que o inquérito policial goza, como procedimento investigativo primordial, é o fato de que é tratado, no Código de Processo Penal, a partir de seu artigo 4º (Título II do Livro I), quase como que sinônimo de investigação criminal. Embora ressalvado, no parágrafo único do dispositivo já citado, que a competência investigativa da polícia judiciária não exclui a de outras autoridades administrativas, o diploma adjetivo somente discorre acerca do inquérito policial, disciplinando-o nos seus mínimos detalhes e olvidando, assim, outros possíveis procedimentos investigatórios. Constata-se, assim, que, ainda que seja apenas uma espécie das várias formas que a instrução preliminar pode assumir, o inquérito policial é, indubitavelmente, a mais consagrada.

¹⁴⁹ Acerca das opções que se pode adotar no que diz respeito ao órgão condutor da investigação criminal, discorre Aury Lopes Jr.: “partindo da categoria ‘órgão encarregado’, como explicamos, pode ser encontrados atualmente três sistemas de investigação preliminar: investigação policial, juiz instrutor ou promotor investigador. Está mais do que constatada a falência do inquérito policial e do sistema de investigação a cargo da polícia. O próprio exemplo brasileiro é uma demonstração inequívoca disso. Quanto ao juiz-instrutor, a situação é ainda mais grave. Se o modelo policial agoniza, o juiz de instrução já está morto. Há séculos. [...] Sobra então – literalmente – a figura do promotor investigador. (LOPES Jr., Aury. *Direito processual penal*. 2012. p. 344.)

Ademais, é indispensável apontar que a própria Constituição Federal referendou, em seu artigo 144, parágrafo 1º, inciso I, a escolha operada pelo legislador de 1941.

Conquanto dominante no cenário jurídico nacional, o inquérito policial passa, inegavelmente, por uma crise, a qual é, em verdade, somente sintoma de uma doença maior: a falência desse modelo de investigação criminal, sobretudo por ser conduzido, exclusivamente, pelas autoridades policiais.

É possível apontar, de início, que uma das mais severas críticas que se faz ao inquérito policial – e a qualquer outro modelo de investigação policial – é a necessidade de repetição da prova em juízo. Por se tratar de procedimento administrativo em que o contraditório vige somente de forma mitigada, as provas em seu bojo produzidas – salvo as irrepetíveis e antecipadamente colhidas – devem ser reproduzidas perante as partes e o julgador na fase judicial da persecução penal, em atenção, exatamente, ao contraditório.

Essa exigência está cristalizada no artigo 155 do Código de Processo Penal, que veda que o julgador fundamente a condenação, exclusivamente, nos elementos probatórios colhidos na fase preliminar da persecução penal. Isso implica reconhecer que o inquérito policial apresenta pouca utilidade para o julgador, que somente deve recorrer aos elementos da fase preliminar da investigação para fundamentar o recebimento da peça acusatória, ou, na formação de juízo de condenação, unicamente quando houver outros elementos de prova, produzidos em observância ao contraditório, que corroborem os produzidos extrajudicialmente, desde que submetidos, posteriormente, ao contraditório.

Não obstante, o inquérito policial é, igualmente, em muitos casos, insatisfatório para atender as necessidades apresentadas pelo Ministério Público, uma vez que, sendo este o detentor exclusivo da *opinio delicti* nos casos de ação penal pública, ocorre, muitas vezes, que a investigação realizada não atende os seus anseios, em face das dúvidas que acabam não sendo sanadas. Nesse caso, cabe-lhe requisitar a realização de novas diligências, com prejuízo de tempo e eficiência para investigação, as quais, nem sempre, suprem as dúvidas existentes.

Por fim, o inquérito policial pouco serve à defesa, porquanto, por um lado, em regra, é conduzido com vistas somente a demonstrar a prática de um crime, lastreando elementos que acabam sendo úteis para a comprovação das teses acusatórias em detrimento de possíveis teses defensivas. Por outro lado, por se tratar de procedimento que, se não dispensa o contraditório, ao menos o mitiga, é evidente que os interesses da defesa não são plenamente atendidos.

Além da insatisfação que o inquérito policial provoca perante o magistrado, a acusação e a defesa, outra crítica que lhe é dirigida diz respeito à sua degeneração: de procedimento sumário em procedimento plenário. Diz-se que o inquérito policial é, normativamente, sumário, uma vez que a lei lhe impõe limitações de ordem quantitativa e temporal, tendo em vista que seu fim não é o de esgotar a apuração de um fato, mas, tão somente, de prover ao *dominus litis* elementos de convencimento que lhe permitam exercer o juízo acerca da autoria e da materialidade de uma conduta potencialmente criminosa. No entanto, o que se sucede, na prática, é que o inquérito policial acaba se convertendo, indevidamente, em procedimento plenário, pois, consoante aponta Aury Lopes Jr.,

a polícia demora excessivamente a investigar, investiga mal e, por atuar mal, acaba por alongar excessivamente a investigação. O resultado final é um inquérito inchado, com atos que somente deveriam ser produzidos em juízo, e que por isso desborda os limites que o justificam¹⁵⁰.

Outro grave problema inerente à investigação policial diz respeito à submissão das polícias ao Poder Executivo. Dessa submissão decorre, naturalmente, uma excessiva ingerência das autoridades políticas sobre a atuação das polícias, as quais, portanto, carecem de autonomia e independência funcional. Essa deficiência se reflete, a toda evidência, na investigação criminal, que pode ser – e muitas vezes o é – instrumentalizada em favor do exercício arbitrário de poder por parte de mandatários de cargo político.

Vale mencionar, ainda, a carência de infraestrutura que acomete as polícias em geral. Trata-se de questão intimamente vinculada à deficiência que será abordada, conjuntamente, no item seguinte.

Por derradeiro, a principal deficiência da investigação policial – e um dos mais sólidos fundamentos para a possibilidade de o Ministério Público presidir investigações criminais – refere-se à seletividade de condutas investigadas, ou não, pelas polícias, conforme se verá, também, no item a seguir¹⁵¹.

¹⁵⁰ LOPES Jr., Aury. *Direito processual penal*. 2012. p. 290.

¹⁵¹ Afora essa “seletividade” na investigação criminal, Bruno Freire de Carvalho Calabrich assim expõe as desvantagens do modelo de investigação policial: “Com efeito, a polícia representa a linha-de-frente da repressão penal – e não se deve deixar de consignar sua fundamental importância para toda a sociedade e para a construção do estado democrático de direito. É a quem primeiro chega a maior parte das informações sobre a prática de crimes. Com isso, a autoridade policial é dotada de algum espaço para a discricionariedade (de fato), a regular sua postura frente à notícia da prática de um ilícito. Esse espaço muitas vezes compreende uma zona cinzenta, em que licitude e arbítrio podem se cruzar. A atuação da polícia, desta sorte, tende a conferir tratamentos diferenciados a determinados fatos ou pessoas investigadas, distribuindo impunidade às classes mais poderosas e abastadas e abusos aos que integrem estratos economicamente inferiores da sociedade. Alguns fatores que conduzem a esse tratamento diferenciado são: a) a natureza e a gravidade do delito (cuja escala de valoração policial sofre influências de toda sorte, especialmente no que diz respeito a crimes de vitimização difusa ou

4.2.2 Crimes frequentemente investigados pela Polícia

Em decorrência de uma série de fatores, as polícias investigam desigualmente – em termos quantitativos e qualitativos – diferentes condutas criminosas.

Preliminarmente, é fundamental compreender que a Polícia, de maneira genérica, naturalmente assume posição na linha de frente de combate à criminalidade, em dois aspectos: no policiamento ostensivo e repressivo, a cargo da Polícia Militar, e na investigação criminal, de incumbência das polícias judiciárias, em regra as Polícias Civis e Federal, ressalvadas as funções de polícia judiciária das Forças Armadas e das Polícias Militares, em sede de crimes militares. Assim, são essas as instituições às quais chega grande parte das informações relativas a delitos penais.

Por consequência, a partir do momento em que toma conhecimento de alguma prática potencialmente delituosa, a polícia judiciária dispõe de uma discricionariedade considerável, cabendo-lhe decidir, portanto, se investigará a conduta – e, investigando-a, se tal apuração será considerada prioritária – ou se não o fará. Trata-se de questão espinhosa, em que discricionariedade e arbítrio são delimitados por um limiar demasiado tênue, que não permite divisá-los claramente.

Em outras palavras, pode-se afirmar que essa colisão entre arbítrio e discricionariedade faz surgir campo fértil para a seletividade, tanto a qualitativa – que resulta da espécie de infração penal investigada e da classe à qual pertencem os seus autores – quanto a quantitativa – que resulta do número de infrações penais efetivamente investigadas se comparado com o número de infrações penais praticadas –, uma vez que proporciona que, a seu juízo, a autoridade policial escolha quais condutas investigará e, ainda, quais serão consideradas prioritárias.

Assim, no ainda dominante modelo de investigação policial, no que diz respeito à seletividade qualitativa, é inegável que essa espécie de investigação prioriza a apuração de determinados delitos, entre os quais os delitos contra a vida e o patrimônio – bens

afastados de sua realidade social); b) a atitude do denunciante (a tendência é que sejam evitadas investigações se a vítima não concorda, não importando se o crime a ser investigado é de ação penal pública incondicionada; essa tendência pode simplesmente acarretar a impunidade de muitos crimes em que a vítima é o Estado ou não há vítimas precisas, como sói acontecer em delitos afetos à macrocriminalidade); c) o distanciamento da realidade social entre autoridades policiais e investigados leva a posturas extremas – aos mais pobres, tratamento rigoroso; aos mais abastados e poderosos, tratamento condescendente; d) como mecanismo de potencialização da efetividade da atividade policial, a tendência é que se dê uma compreensão restritiva a normas instituidoras de direitos e garantias fundamentais, (para alguns, a presunção de inocência não seria mais que uma ficção jurídica, desprovida de aplicabilidade prática)”. (CALABRICH, Bruno Freire de Carvalho. *Investigação Criminal pelo Ministério Público: fundamentos e limites constitucionais*. 2006. p. 79)

jurídicos protegidos tanto pela Constituição Federal quanto pelo Código Penal –, que são, historicamente, os principais focos das apurações policiais. Hodiernamente, além da especial atuação da Polícia no sentido de combater os crimes contra a vida e o patrimônio, ganhou especial relevo a repressão contra o tráfico de drogas e os ilícitos penais que lhe são conexos.

Essa “seletividade investigativa” reflete-se, inexoravelmente, mais à frente; basta que se analise a população carcerária brasileira, a qual, também, refletirá outra faceta da seletividade qualitativa, a qual é composta, majoritariamente, por sujeitos condenados pelas mesmas espécies de delitos¹⁵².

Outrossim, em se falando de deficiências da investigação policial, é inevitável abordar a carência de estrutura de que padecem as polícias. Com pessoal¹⁵³ e material

¹⁵² Segundo recente estudo realizado pela Fundação Getúlio Vargas, 40% da população carcerária do Estado de São Paulo praticou roubo, 11% homicídio, 30% tráfico de drogas, 16% crimes sexuais, e, por fim, somente 4% cometeram outros crimes (BERGMAN, Marcelo *et alii*. *Crime, segurança pública e desempenho institucional em São Paulo*. Relatório sobre unidades prisionais em São Paulo, Brasil: perfis gerais, contexto familiar, crimes, circunstâncias do processo penal e condições de vida na prisão. São Paulo: Fundação Getúlio Vargas, 2013. Disponível em <<http://s.conjur.com.br/dl/pesquisa-presos-sao-paulo-historias.pdf>>. Acesso em 18.11.2014.) Apresentando estatísticas sensivelmente distintas, mas, ainda assim, semelhantes, Luiz Flávio Gomes, em relação à população carcerária nacional, aduz que “69%, ou seja, 326.347 presos respondem por crimes previstos no Código Penal Brasileiro, enquanto apenas 31% ou 147.647 presos teriam cometido delitos que se enquadram em legislação específica. Dos crimes previstos no Código Penal verifica-se que 72% dos crimes cometidos pelos homens (227.854 delitos) se tratam de crimes contra o patrimônio, assim como 69% dos perpetrados pelas mulheres (6.072 delitos). Média: 70,5%. Ou seja, os crimes contra o patrimônio – tais como roubo, furto e estelionato – constituem a maioria dos crimes cometidos pelos presidiários de ambos os sexos. Em seguida, vêm os crimes contra a pessoa, que representam 18% dos crimes cometidos pelos homens (56.294 delitos) e 20% dos perpetrados pelas mulheres (1.720 delitos). Note-se que há uma diferença percentual significativa dos tipos de crimes mais cometidos, dos primeiros (72% e 69%) para os segundos (18% e 20%)” (GOMES, Luiz Flávio; BUNDUKY, Mariana Cury. *Crimes contra o patrimônio são os principais responsáveis por prisões no Brasil*. Jus Navigandi, Teresina, ano 17, n. 3143, 8 fev. 2012. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/21037>>. Acesso em: 18 nov. 2014.) (Nota do Autor).

¹⁵³ “De qualquer modo, seja no que se refere ao critério quantitativo (número de policiais por 100 mil habitantes), seja no que diz respeito ao qualitativo (função policial efetivamente preventiva, sobretudo por meio do policiamento comunitário), não há como deixar de reconhecer a precariedade da atividade policial no Brasil, que conta com baixíssimo número de policiais, se comparado com vários outros países da América Latina. É o que nos relata o Informe Regional de Desenvolvimento Humano de 2013-2014 do PNUD (Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento [...]: Taxa de policiais por 100.000 habitantes (somente alguns países forneceram dados): Venezuela (297,8 policiais por 100.000 habitantes), Uruguai (876,4), República Dominicana (307,9), Nicarágua (199), México (447,7), Guatemala (156,2), El Salvador (343,1), Colômbia (349,6), Chile (318,3), Brasil (178), Bolívia (363) e Argentina (222,2). Esses números referem-se ao ano de 2011, salvo Argentina (2008), Bolívia, Brasil e México (2010), Chile, Colômbia, El Salvador, Guatemala, República Dominicana, Uruguai e Venezuela (2012). Há uma variação significativa no número de policiais. Uruguai é o primeiro (876 policiais para cada 100 mil habitantes), enquanto o Brasil ocupa uma das últimas colocações (178).” (GOMES, Luiz Flávio. *O aumento no número de policiais previne a delinquência?* Disponível em: <http://professorlfg.jusbrasil.com.br/artigos/112349268/o-aumento-no-numero-de-policiais-previne-a-delinquencia?utm_campaign=newsletter&utm_medium=email&utm_source=newsletter>. Acesso em 23.09.2014.). Quanto ao número de policiais em 2012, o Anuário Brasileiro de Segurança Pública, ano 7, 2013, do Fórum Brasileiro de Segurança Pública (Disponível em: <www.forumseguranca.org.br>. Acesso em: 16.01.2014, p. 73), informa que seriam os seguintes: Polícia Militar + Polícia Civil = 410.636 + 116.556 = 527.192. Considerando-se a população brasileira de 01.07.12 (fonte: IBGE <<http://www.ibge.gov.br>>), chega-se ao total de 271 policiais para cada 100 mil habitantes, ainda bastante aquém do necessário.

insuficientes, não é de se surpreender que as policiais judiciárias não logrem êxito em cumprir a contento a função que lhes é constitucionalmente atribuída. O déficit investigativo que daí decorre é consequência já esperada. É assim que, no Brasil, se estima que a taxa de elucidação dos homicídios orbite abaixo dos 10%¹⁵⁴.

Outro sintoma dessa doença – o déficit investigativo – é a elevada taxa de presos provisórios no Brasil, uma vez que considerável parte da população carcerária é composta por pessoas em face dos quais não foi proferida sentença condenatória transitada em julgado; somente estão no cárcere em decorrência de prisões em flagrante, preventivas ou temporárias que lhes foram impostas. Esse fator evidencia duas questões problemáticas: inicialmente, o que salta aos olhos é o fato de que os prazos e as condições para a imposição de medidas cautelares restritivas de liberdade são, invariavelmente, desrespeitados.

Além disso – e o que interessa para o presente trabalho –, a larga proporção de presos provisórios escancara a falência da investigação criminal que, como primeira fase da persecução criminal, não tem logrado êxito em cumprir o intento daquela, ou seja, literalmente, a imposição de uma pena ao autor da infração penal. Em outras palavras, pode-se dizer que, em face de delitos cuja apuração exige uma investigação criminal mais elaborada e complexa, vence a impunidade. Não se deseja dizer, evidentemente, que a investigação criminal deve figurar, unicamente, como primeiro passo na aplicação de uma pena; como já se afirmou, a investigação criminal é, por excelência, a fase da persecução criminal voltada a municiar o *dominus litis* da ação penal de elementos de convencimento que lhe permitam formular um juízo acusatório: se é necessário, ou não, o ajuizamento de uma ação penal em face do sujeito investigado. Mas o fato é que o inverso é verdadeiro: se a imposição de uma pena se faz necessária, a realização de uma instrução preliminar minimamente satisfatória é, a grosso modo, indispensável.

4.2.3 Crimes pouco investigados pela Polícia

No cenário em que a atenção das polícias volta-se, com destacado vigor, contra determinados ilícitos penais, outros delitos são pouco e mal investigados. Em outras palavras, é possível dizer que, histórica e tradicionalmente, graças a um legado ainda fortemente arraigado à cultura jurídica nacional, a justiça penal volta-se a reprimir delitos violentos que

¹⁵⁴ GOMES, Luiz Flávio. *De 5% a 8% dos homicídios são elucidados no Brasil*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-ago-30/coluna-lfg-homicidios-sao-elucidados-brasil>>. Acesso em 18.11.2014.

se dirijam contra a vida e a integridade física, aqueles que violem o patrimônio e, nos últimos tempos, o tráfico de drogas e delitos que lhe são afetos, ao passo que ilícitos praticados com ofensa a bens jurídicos coletivos – lesando, por exemplo, a administração pública, a ordem econômica e financeira, a conservação do meio ambiente ou mesmo os consumidores generalizadamente considerados –, por produzirem danos difusos, que não ocasionam um impacto imediato tão sensível, são tratados com um pudor muito maior.

Assim, se, por exemplo, a taxa de elucidação dos homicídios, no Brasil, é ínfima, os outros tantos crimes que restam sequer são investigados. São delitos que compõem uma considerável cifra negra¹⁵⁵ – não são apurados ou sequer conhecidos, por inúmeras razões.

Se a carência de estrutura é fator fundamental para o déficit investigativo diante dos crimes “comuns”, também o é perante a criminalidade relegada pelas polícias. Além disso – e o que é mais central quando se fala do déficit investigativo relacionado a formas de criminalidade distintas da tradicional –, a maneira como estão estruturadas as Polícias, em submissão ao Poder Executivo – poder político por excelência – dos Estados-membros e da União Federal, constitui especial empecilho à sua autonomia. Submissas a mandos e desmandos políticos, as polícias veem-se ainda mais engessadas na sua atuação investigativa.

Nesse contexto, determinadas espécies de delito geram um déficit investigativo ainda maior – e não raramente em função de influências políticas. São, somente a título

¹⁵⁵ A fim de se buscar um conceito preciso de “cifras negras”, recorre-se ao seguinte excerto, extraído da obra de Bruno Freire de Carvalho Calabrich: “tratando por *criminalidade legal* aquela que se vê registrada nas estatísticas oficiais; por *criminalidade aparente* a que de alguma forma chega ao conhecimento das instituições oficiais, mas que não se fazem computar em estatísticas (v.g., porque ainda não resultaram em sentença); e apontando como *criminalidade real* a quantidade de delitos verdadeiramente cometida em determinado momento histórico, Lola Aniyar de Castro situa o que denominamos *cifra negra* da criminalidade – ou *numerus obscurus* ou delinquência oculta – como o produto da diferença entre a criminalidade aparente e a criminalidade real.” (FELDENS, Luciano *apud* CALABRICH, Bruno Freire de Carvalho. *Investigação Criminal pelo Ministério Público: fundamentos e limites constitucionais*. 2006. p. 117.). De modo semelhante, conceitua Guilherme Costa Câmara: “Como se sabe, as ‘cifras negras’ reportam-se à intransparência ou opacidade de determinados comportamentos delitivos, sendo de relevo observar que em grande medida, são produzidas pelas instâncias formais de controle social (*principalmente pela polícia*, instituição que desempenha intenso papel seletivo), traduzindo o *desfasamento* entre a criminalidade conhecida pelo sistema penal e a criminalidade ‘real’. Representam, assim, a criminalidade oculta, não registrada, podendo-se falar graficamente de um ‘efeito funil’, pois apenas uma pequena parcela da criminalidade ingressa no sistema. A Polícia realiza constantes escolhas, joeirando as causas penais que deverão ingressar no sistema de justiça penal, que afinal funciona em escala bastante reduzida, menos em razão do caráter fragmentário do Direito penal, antes em função do papel discricionário desempenhado por aquela instância formal de controle social da criminalidade.” (CÂMARA, Guilherme Costa. *A Investigação Criminal desenvolvida pelo Ministério Público e o problema das “Cifras Negras”*. p. 2-3.)

exemplificativo, os *white collar crimes* (os crimes pelo colarinho branco), delitos praticados por policiais, crimes contra a Administração Pública etc.

Na maioria das vezes, praticados por pessoas de classes sociais mais abastadas e, invariavelmente, politicamente influentes, esses delitos são pouquíssimo investigados pelas polícias, tendo em vista, sobretudo, as razões supracitadas. São crimes que se revelam com novas vestes. Como assevera Calabrich, são

novas formas de criminalidade, que se distinguem da criminalidade tradicional, entre outros aspectos, pelo uso da tecnologia, da organização empresarial com infiltração no corpo estatal e por métodos de inteligência de contra-inteligência em constante aprimoramento, demandam do Estado, por meio de seus órgãos incumbidos da segurança pública e da persecução penal, uma postura profissional e ativa, de modo a promover o justo sancionamento dos responsáveis e a coibir a prática de novos ilícitos¹⁵⁶.

A distinção de tratamento que se dispensa às diferentes formas de criminalidade a à investigação que sobre estas se produz escancara que o essencial equilíbrio entre eficiência¹⁵⁷ e garantismo, que deve nortear a prática investigativa, não tem sido observado. Ora se peca por ineficiência – em razão das já apontadas carências que acometem a investigação policial –, ora pela busca irrefreável de eficiência e consequente violações de direitos, sobretudo voltadas àqueles que compõem a clientela preferencial do sistema penal. Essa oscilação entre eficiência e garantismo dá-se, não raro, em decorrência dos crimes e dos agentes investigados.

Essa lacuna na investigação criminal deixada pelas polícias vem sendo, gradativamente, ocupada pela atuação investigativa do Ministério Público na seara criminal, a qual vem florescendo há não muitos anos, mas já apresenta positivos e concretos resultados. Vê-se, portanto, que o Ministério Público se soma às polícias – sem pretender substituí-las – na elucidação de crimes, com foco em específicos delitos, comumente não investigados pelo aparato policial brasileiro. É o que será tratado no item seguinte.

¹⁵⁶ CALABRICH, Bruno Freire de Carvalho. *Investigação Criminal pelo Ministério Público: fundamentos e limites constitucionais*. 2006. p. 16.

¹⁵⁷ Relacionando a eficiência que deve nortear a persecução penal e as já citadas cifras negras, discorre Aury Lopes Jr.: “existe uma clara relação entre a eficácia da instrução preliminar e a diminuição dos índices de *criminal case mortality*, de modo que, quanto mais eficaz é a atividade destinada a descobrir o fato oculto, menor é a criminalidade oculta ou latente [...]. Em síntese, quanto menor é a diferença entre a criminalidade real e a criminalidade conhecida pelos órgãos estatais de investigações, mais eficaz será o processo penal como instrumento de reação e controle formal da criminalidade.” (LOPES Jr., Aury. *Direito processual penal*. 2012. p. 285.)

4.3 A REALIZAÇÃO DE ATOS DE INVESTIGAÇÃO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO E O PRINCÍPIO DA PARIDADE DE ARMAS

4.3.1 O surgimento e as controvérsias sobre as funções investigatórias do Ministério Público

A prática investigativa, nas searas cível e criminal, é, hoje, prática consolidada no Ministério Público, embora seja bem verdade que, em relação à última, haja, ainda, certa resistência por parte de setores da classe política, da Ordem dos Advogados do Brasil e da magistratura.

Desde 1941, o Código de Processo Penal dispunha, em seu artigo 47, que, “se o Ministério Público julgar necessários maiores esclarecimentos e documentos complementares ou novos elementos de convicção, deverá requisitá-los, diretamente, de quaisquer autoridades ou funcionários que devam ou possam fornecê-los”. Tal dispositivo, mesmo em meio a um modelo de investigação quase que exclusivamente policial – observada a ressalva do artigo 4º do mesmo diploma, que, em seu parágrafo único, prescreve que a competência investigativa das polícias judiciárias não exclui a de outras autoridades administrativas às quais a lei imputar tal incumbência –, pode ser apontado como a mais remota origem da investigação criminal pelo Ministério Público no ordenamento jurídico brasileiro.

A atividade investigativa do *Parquet*, no Brasil, remonta, a seguir, à Lei da Ação Pública (Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985), que franqueou ao Ministério Público a possibilidade de presidir o inquérito civil público, como instrumento apuratório precedente à instauração daquela *actio*. Referida inovação legislativa foi o gérmen inicial que, anos mais tarde, fez florescer a prática investigatória no Ministério Público.

Nesta breve digressão histórica, passa-se, a seguir, à Constituição Federal de 1988. O Ministério Público fortaleceu-se sobremaneira com os poderes e atribuições que lhe foram conferidos pela Carta Política, crescendo como instituição e, desde então, sua atuação recebeu especial relevo social.

A respeito do fenômeno de fortalecimento institucional do Ministério Público, discorrem Lênio Luiz Streck e Luciano Feldens:

No marco do Estado Democrático de Direito, às funções *ordenadora* e *promovedora* do Direito, próprias das fases do Estado Liberal e Social respectivamente, agrega-se a função de potencial *transformação social*. A bem compreendermos este câmbio de paradigma, torna-se imperioso verificarmos como se alteram, paulatinamente, os papéis institucionais dos poderes do Estado. Atente-se: se no Estado Liberal

observávamos, na relação Estado-Poder-Sociedade, uma nítida proeminência do Poder Legislativo (do “império da lei”), e no Estado Social verificávamos uma forte influência do Poder Executivo em face da necessidade de implementação de políticas públicas – o que acarretava um perfil autoritário a esta forma de Estado –, *no Estado Democrático de Direito verifica-se uma nítida migração dessa esfera de tensão*, a culminar com seu deslocamento em direção ao Poder Judiciário, abrindo campo àquilo que hoje se entende por justiça constitucional.

Parece-nos claro que é nesse contexto político-constitucional que se procura conceber o Ministério Público nos diversos países do mundo. Fortalecido fica o Ministério Público porque se fortalece o Poder Judiciário, enquanto possibilidade de realização dos direitos fundamentais-sociais assumidos pelos textos constitucionais dirigentes e compromissários. *A Constituição passa a figurar como remédio contra maiorias eventuais*. No limite, políticas públicas arbitrariamente não implementadas pelos Poderes Legislativo e Executivo passam a ser exigíveis por intermédio de ações de índole prestacional. *Nesse sentido, a principal instituição eleita pelo poder constituinte e autorizada a buscar essa intervenção da justiça constitucional é o Ministério Público*, o que resulta claramente perceptível a partir da leitura do art. 127 e imediatamente seguintes da Constituição brasileira¹⁵⁸.

Esse paulatino processo de surgimento da investigação criminal no seio do *Parquet* passa, a sequência, no início da década de 90, pelas Leis Orgânicas dos Ministérios Públicos dos Estados (Lei n. 8.625, de 12 de fevereiro de 1993) e do Ministério Público da União (Lei Complementar n. 75, de 20 de maio de 1993), que consolidaram o fortalecimento geral do *Parquet* inicialmente proporcionado pela Constituição Federal, conferindo a este órgão a função de expedir de notificações para colher depoimentos ou esclarecimentos, bem como de requisitar informações, exames periciais e documentos de autoridades e órgãos públicos. Há, ademais, as Leis Orgânicas de cada um dos Ministérios Públicos estaduais. Em Santa Catarina, o *Parquet* rege-se pela Lei Complementar n. 197, de 13 de julho de 2000. Por último, vale citar a existência, no âmbito do Conselho Nacional do Ministério Público, de resoluções que disciplinam a investigação criminal – é o caso da Resolução n. 13, de 02 de outubro de 2006, que, regulamentando dispositivos da Lei Complementar n. 75/93 e da Lei n. 8.625/93, normatiza a instauração e tramitação do procedimento investigatório criminal.

Acerca da previsão normativa das funções investigatórias do Ministério Público, em outras palavras expressam-se Aury Lopes Jr. e Ricardo Jacobsen Gloeckner:

[...] analisando os diversos incisos da CB, em conjunto com a Lei complementar n. 75/93 e a Lei n. 8.625/93, especialmente o disposto nos arts. 7º e 8º da primeira e 26 da segunda, constata-se que [...] está perfeitamente prevista a atividade de investigação do promotor na fase pré-processual¹⁵⁹.

Eugênio Pacelli de Oliveira e Douglas Fischer, por sua vez, assim sintetizam:

¹⁵⁸ STRECK, Lênio Luiz; FELDENS, Luciano *apud* CALABRICH, Bruno Freire de Carvalho. *Investigação Criminal pelo Ministério Público: fundamentos e limites constitucionais*. 2006. p. 97.

¹⁵⁹ LOPES Jr., Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Investigação Preliminar no Processo Penal*. 2013. p. 250.

E quem pode controlar, externamente – isso é, no curso da investigação e sobre o objeto dela – a atividade policial, por força de norma constitucional exerce poder público inerente às investigações criminais. Admitido esse poder, fica fácil compreender a razão pela qual não há qualquer impedimento a que o Ministério Público promova atividades e diligências investigatórias, desde que previstas em lei. De ver-se, então, que a começar pelo CPP (art. 47 – poder de requisição de esclarecimentos, documentos complementares ou novos elementos de convicção), passando pelas leis orgânicas do Ministério Público (da União – LC 75/93, art. 7º, II e art. 8º; dos Estados – Lei 8.625/93, art. 26), todas devidamente autorizadas pelo texto constitucional (art. 129, VI, VII, VIII), o Ministério Público tem *poderes investigatórios*¹⁶⁰.

Desde então, verifica-se um gradual crescimento da prática investigativa em matéria penal no Ministério Público. É dizer: o *Parquet, dominus litis* – ou seja, legitimado ativo – da ação penal pública que é, passou a não mais ser mero receptor de informações preparadas por outrem (a polícia judiciária), até porque, como asseveram Aury Lopes Jr. e Ricardo Jacobsen Gloeckner, o inquérito policial é uma peça informativa, destinada a servir para a formação da *opinio delicti* do *Parquet*, além de dispensável. Assim, continuam os autores, “o MP pode investigar e realizar uma verdadeira investigação preliminar, destinada a investigar o fato delituoso (natureza pública), com o fim de preparar o exercício da ação penal”¹⁶¹, embora não possa, sem autorização judicial, proceder à supressão de direitos fundamentais – por meio de, por exemplo, quebra de sigilo fiscal ou telefônico¹⁶².

Embora ainda não consolidada, a investigação criminal ministerial já apresentava resultados no início da década de 2000.

Todavia, o poder investigatório ministerial nunca foi incontroverso: há anos debate-se se o *Parquet* detém, de fato, a competência para realizar investigações criminais. A doutrina e a jurisprudência não chegaram a entendimentos uniformes e pacíficos. Enquanto doutrinadores perpetram uma guerra argumentativa acerca da questão, a jurisprudência não se pacifica, ora aceitando elementos informativos colhidos pelo Ministério Público, ora os rejeitando¹⁶³. Nesse ínterim, cabe observar que o Supremo Tribunal Federal – corte à qual

¹⁶⁰ FISCHER, Douglas; OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Comentários ao Código de Processo Penal*. 2013. p. 11

¹⁶¹ LOPES Jr., Aury, GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Investigação Preliminar no Processo Penal*. 2013. p. 251.

¹⁶² RE 215.301/CE, rel. Min. Carlos Velloso, j. 13.04.1999.

¹⁶³ “A jurisprudência sobre os poderes investigatórios do Ministério Público há muito consolidada no Superior Tribunal de Justiça e jamais refutada no Supremo Tribunal Federal, veio a sofrer significativos abalos na virada deste século, conforme se vê no RHC 81326 (DJ 01/08/2003), e também em razão dos votos manifestados no julgamento do Inq. 1968, Rel. Min. Marco Aurélio, tendo por investigado o Deputado Federal Remy Trinta. A questão ainda se encontra submetida ao Plenário da Suprema Corte, de quem se espera, no mínimo, sejam ressaltados determinados poderes investigatórios (diligências investigatória), desde que previstos em Lei, como vimos de demonstrar” (FISCHER, Douglas; OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Comentários ao Código de Processo Penal e Sua Jurisprudência*. 2013., p. 13)

incumbiria sepultar a celeuma argumentativa que se instaurou – ainda não proferiu decisão em Tribunal Pleno acerca da matéria¹⁶⁴. Não obstante, os ministros dividem-se em relação às posições adotadas frente às funções investigatórias do Ministério Público, embora boa parte dos julgados o tenha considerado legítimo¹⁶⁵.

Ao que parece, as controvérsias acerca dessas funções do Ministério Público surgiram à medida que se percebeu, gradativamente, que a investigação ministerial tinha como alvo precípua uma clientela diferente daquela ordinariamente alvejada pelo sistema de justiça penal. Nesse contexto, vários agentes políticos – até mesmo no STF, consoante já demonstrado – apresentaram oposição às funções investigativas do Ministério Público. Surge, então, um debate sobre a possibilidade de o *Parquet* presidir investigações criminal, prática que já adotara, por seus diversos órgãos, há alguns anos. A esse respeito, Bruno Freire de Carvalho Calabrich explana que:

A atualidade e a importância do tema vêm a propósito de diversas ações e impugnações, perante os tribunais, acerca da validade de investigações conduzidas pelo Ministério Público, notadamente em casos de grande repercussão, o que tem fomentado intensos debates na comunidade jurídica¹⁶⁶.

No que toca ao surgimento da forte oposição à possibilidade de o Ministério Público realizar suas próprias investigações criminais, Fauzi Hassan Choukr é pontual:

Do cotejo do cenário nacional a partir da Constituição com o ordenamento que lhe é inferior e das observações de direito comparado que se aplicam ao tema, pode-se chegar ao ponto central de discussão: a reação à possibilidade jurídica de

¹⁶⁴ A título ilustrativo: “É corolário da privacidade que tem o MP para ajuizar a ação penal pública, nos termos do art. 129, I, da CF, o poder de exercer atividade investigatória” (STF, Medida Cautelar em HC 85419-2-RJ, Rel. Min. Celso de Mello, j. 17.2.05). “Não pode o Ministério Público diretamente realizar a investigação criminal, devendo requisitar a instauração de inquérito à autoridade policial” (Informativo STF nº 307 – HC 81.326-DF, Rel. Min. Nelson Jobim, j. 6.5.2003).

¹⁶⁵ Novamente, ressalta-se que, muito embora o pleno do STF ainda não haja se manifestado acerca do poder investigatório do MP em matéria criminal, a 2ª turma da corte já o fez. Nos *Habeas Corpus* n. 91.661/CE, sob relatoria da Min. Ellen Gracie, bem como nos de n. 87.610, n. 90.099 e n. 94.173, relatados pelo Min. Celso de Mello, entendeu-se que o *Parquet* pode promover sua própria investigação criminal. Frise-se, ainda, que, além de disciplinado por legislação específica, o poder investigatório do Ministério Público na seara criminal submete-se, bem como ocorre com as apurações policiais, a controle jurisdicional. Sedimentou essa posição o Min. Celso de Mello, quando asseverou que “o Ministério Público, sem prejuízo da fiscalização intra-orgânica e daquela desempenhada pelo Conselho Nacional do Ministério Público, está permanentemente sujeito ao controle jurisdicional dos atos que pratique no âmbito das investigações que promova ‘*ex propria auctoritate*’, não podendo, dentre outras limitações de ordem jurídica, desrespeitar o direito do investigado ao silêncio (*‘nemo tenetur se detegere’*), nem lhe ordenar a condução coercitiva, nem constrangê-lo a produzir prova contra si próprio, nem lhe recusar o conhecimento das razões motivadoras do procedimento investigatório, nem submetê-lo a medidas sujeita à reserva constitucional de jurisdição, nem impedi-lo de fazer-se acompanhar de Advogado, nem impor, a este, indevidas restrições ao regular desempenho de suas prerrogativas profissionais (Lei n. 8.906/94, art. 7º, v.g.)” (Habeas Corpus n. 85.419-RJ, STF, 2ª Turma, Relator Ministro Celso de Mello, julgado em 20.10.2009, publicado no DJ em 27.11.2009).

¹⁶⁶ CALABRICH, Bruno Freire de Carvalho. *Investigação Criminal pelo Ministério Público: fundamentos e limites constitucionais*. 2006. p. 17-18.

investigação pelo Ministério Público é apenas um argumento superficial diante da razão de fundo, que é o domínio *político* do processo penal, que causaria o enfraquecimento das tradicionais estruturas de poder que usam o processo (e o direito material) penal como alavancas de políticas públicas ou a serviço de determinado poder localizado geográfica e temporalmente [...], na medida em que o domínio nas estruturas policiais sempre foi realidade em qualquer sistema social demarcado por baixo grau de adequação ao Estado de Direito (no plano jurídico) como consequência da baixa experiência democrática (no plano sócio-político)¹⁶⁷.

Sobre o tema também discorrem Eugênio Pacelli de Oliveira e Douglas Fischer nos seguintes termos:

[...] o que deveria ser uma cooperação para o mais adequado exercício de funções públicas, como se esperaria dos poderes constituídos, tornou-se um imenso *imbróglio*, no qual os argumentos nem sempre conseguem escamotear o fato de tratar-se de pendengas de interesses meramente institucionais/corporativos¹⁶⁸.

Essa polêmica chega aos últimos anos com especial relevo. Chegou a ser proposto, na Câmara dos Deputados, o Projeto de Emenda Constitucional n. 37, de 2011, que, em suma, visava conferir, exclusivamente, às polícias judiciárias a atribuição de realizar atos de investigação criminal, impossibilitando que o Ministério Público e outros tantos órgãos o fizessem.

O Projeto Legislativo, ora taxado de “PEC da Impunidade”, ora de “PEC da Legalidade”, foi longamente debatido pelos juristas nacionais. Além disso, é de se destacar que a proposição legislativa foi alvo de incontáveis manifestações populares, que bradavam pela sua rejeição.

Levado à votação no plenário da Câmara dos Deputados em 25 de junho de 2013, o Projeto de Emenda Constitucional não logrou êxito e, em votação quase unânime, foi rejeitado.

Assim, parece lícito concluir que a Câmara dos Deputados, ainda que de forma oblíqua, reconheceu ser legítimo o poder investigatório do Ministério Público, bem como de outras autoridades administrativas, a exemplo dos Tribunais de Contas, da Receita Federal e do Conselho de Controle das Atividades Financeiras (COAF)¹⁶⁹.

¹⁶⁷ CHOUKR, Hassan Fauzi. *Garantias Constitucionais na Investigação Criminal*. 2006. p. 185.

¹⁶⁸ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de; FISCHER, Douglas. *Comentários ao Código de Processo Penal e sua jurisprudência*. 2013. p. 11.

¹⁶⁹ No Brasil, não é de hoje que se reconhece a atribuição investigatória a órgãos diversos da polícia. O próprio Código de Processo Penal de 1941, em seu art. 4º, assim dispõe: “Art. 4º A polícia judiciária será exercida pelas autoridades policiais no território de suas respectivas circunscrições e terá por fim a apuração das infrações penais e da sua autoria. (Redação dada pela Lei n. 9.043, de 9.5.1995) Parágrafo único. A competência definida neste artigo não excluirá a de autoridades administrativas, a quem por lei seja cometida a mesma função.” (Nota do Autor.)

4.3.2 Razões da investigação criminal pelo Ministério Público

A fim de inicialmente abordar as razões em funções das quais deve o Ministério Público conduzir investigações criminais, cabe recorrer à lição de Aury Lopes Jr. e Ricardo Jacobsen Gloeckner, que assim sintetizam as vantagens decorrentes da investigação criminal a cargo do Ministério Público (“sistema de promotor investigador”¹⁷⁰, como denominam os juristas):

- a. É uma alternativa à crise do superado modelo de juiz instrutor;
- b. Essa investigação preliminar do acusador é uma imposição do sistema acusatório, pois mantém o juiz longe da investigação e garante a sua imparcialidade (ao juiz cabe julgar, e não investigar. [...]) O sistema fortalece a figura do juiz, cuja atividade na instrução preliminar fica reservada a julgar (decidindo sobre as medidas restritivas e a admissão da própria acusação);
- c. A própria natureza da instrução preliminar, como atividade preparatória do exercício da ação penal. Por isso, deve ser uma atividade administrativa dirigida por e para o Ministério Público, sendo ilógico que o juiz (ou a Polícia em descompasso com o MP) investigue para o promotor acusar. Em síntese, melhor acusa quem investiga e melhor investiga quem vai, em juízo, acusar;
- d. A imparcialidade do MP leva à crença de que a investigação buscará aclarar o fato a partir de critérios de justiça, de modo que o promotor agirá para esclarecer a notícia-crime, resolvendo justa e legalmente se deve acusar ou não. Inclusive, deverá diligenciar para obter também eventuais elementos de descargo, que favoreçam a defesa;
- e. Tende a ser, verdadeiramente, uma cognição sumária. Com isso, também se evita que os atos de investigação sejam considerados como atos de prova e, por consequência, valorados na sentença;
- f. Maior celeridade e economia processuais;
- g. Afasta-se um dos problemas cruciais da investigação policial, que reside na prática constante da tortura com o escopo de obter confissões. De forma geral, essa prática ilegal e antiética de tortura, que resulta na operação em verdadeira clandestinidade dos agentes policiais, deixa de produzir [...] efeitos quando as diligências investigativas passam para o plano do acusador-investigador¹⁷¹.

Prosseguindo acerca das vantagens da investigação criminal pelo Ministério Público, Fauzi Hassan Choukr adiciona, ainda, que “o alto grau de garantias funcionais constitucionalmente estabelecidas aos membros do Ministério Público [...] tende a minimizar a ingerência externa à forma de condução dos atos investigativos na esfera penal”¹⁷².

Quanto à importância do reconhecimento do Ministério Público como legitimado a realizar investigação preliminar, Bruno Freire de Carvalho Calabrich, por sua vez, pondera que:

¹⁷⁰ Conforme explana Aury Lopes Jr. no sistema de promotor investigador, podem executar a investigação tanto o Ministério Público, quanto uma polícia que àquele órgão esteja subordinada e que lhe seja dependente funcionalmente (LOPES Jr., Aury. *Direito processual penal*. 2012. p. 269).

¹⁷¹ LOPES Jr., Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Investigação Preliminar no Processo Penal*. 2013. p. 159-160.

¹⁷² CHOUKR, Hassan Fauzi. *Garantias Constitucionais na Investigação Criminal*. 2006. p. 185.

[...] a eficiência da atividade persecutória, paralelamente ao dever de obediência aos direitos fundamentais, pressupõe a identificação dos entes que, num Estado Democrático de Direito, legitimam-se à investigação criminal. É dentro desse contexto que emerge a instituição do Ministério Público enquanto protagonista da *persecutio criminis* estatal. [...] para determinados crimes e situações excepcionais, investigações realizadas diretamente pelo Ministério Público podem ser o meio mais hábil para o deslinde dos fatos. Sob esse prisma, o reconhecimento da atribuição investigatória do Ministério Público permitiria a plena realização de sua missão constitucional: a defesa do regime democrático, da ordem jurídica e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (art. 127 da CF/88)¹⁷³.

Portanto, vê-se que abundam razões para que o Ministério Público promova, por si só – embora sem exclusividade –, investigações criminais.

Ademais, ao revés do comumente arguido pelos defensores da impossibilidade de o Ministério Público presidir investigações criminais – a ponto de retumbar no Supremo Tribunal Federal tal entendimento –, essa hipótese não carece de fundamento legal e constitucional. Luciano Feldens e Lênio Streck, enfrentando o posicionamento já adotado por parte da corte, rechaçam-no:

[...] no julgamento do RHC 81.326-DF, o Supremo Tribunal Federal do Brasil, ao negar ao Ministério Público a possibilidade de desempenhar função investigatória – para a qual se encontra legalmente investido e constitucionalmente legitimado – *não conferiu o melhor sentido à Constituição*. [...] no plano normativo nossa divergência traz como fundamento conclusão que se retira do cotejo do art. 129, IX, da Constituição, com o artigos 8º, V, da Lei Complementar 75/93 (Estatuto do Ministério Público da União), e 26 da Lei Federal nº 8.625/93 (Lei Orgânica Nacional do Ministério Público), a permitirem ao Ministério Público a realização de diligências investigatórias voltadas a subsidiar futura promoção de ação penal pública, sendo essa a primeira de suas funções institucionais (art. 129, I da CRFB). [...] Cabe-nos então ressaltar aquilo que se revela por demais relevante: ao contrário do que recorrentemente preconizado por setores da doutrina e da jurisprudência, *as funções institucionais acometidas ao Ministério Público não se esgotam na literalidade do art. 129 da Constituição*. Atente-se, a tanto, que este mesmo dispositivo constitucional apresenta-se como uma cláusula de abertura ao desenvolvimento, pela Instituição, de “*outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade*” (art. 129, IX, da CRFB). Nesse compasso, adveio a constitucionalmente requerida lei complementar, cuja missão assentar-se-ia, dentre outras, no estabelecimento das “*atribuições*” do Ministério Público (art. 128, § 5º, da CRFB). Em consonância à diretriz constitucional, e considerando-se, ademais, que “*somente a lei*” poderia especificar as funções acometidas pela Constituição ao Ministério Público (art. 5º, § 2º, da LC 75/93), o art. 8º da Lei Complementar 75/93, dispôs que: “Para o exercício de suas atribuições, o Ministério Público da União poderá, nos procedimentos de sua competência: *V - realizar inspeções e diligências investigatórias*”. Não fosse isso o bastante, o constituinte houve, ainda, por constitucionalizar os meios necessários ao bom desempenho dessa atribuição ministerial, razão pela qual conferiu ao Ministério Público o *poder constitucional de requisição* (art. 129, VI e VIII), ato de império que, conquanto desvestido de coercibilidade, vincula seu destinatário. [...] Todavia, em manifesto descompasso ao viés expansivo que assume, desde o advento da nova ordem jurídico-constitucional, o atuar institucional do Ministério

173

CALABRICH, Bruno Freire de Carvalho. *Investigação Criminal pelo Ministério Público: fundamentos e limites constitucionais*. 2006. p. 16-17.

Público, passado mais de um decênio de vigência da Lei Complementar nº 75/93 e da Lei Federal nº 8.625/93, alguns de seus dispositivos persistem a ter sua normatividade desafiada pela doutrina e/ou pela jurisprudência, especialmente acerca de seus reais alcance e sentido¹⁷⁴.

Há que se adicionar, além disso, que tolher a atribuição investigatória do Ministério Público em razão de ser esta, supostamente, exclusividade das polícias judiciárias, implica, de modo oblíquo, em atribuir unicamente à Polícia não somente a prerrogativa de investigar, mas, também, – e o que é mais sensível – a prerrogativa de não investigar¹⁷⁵. Retoma-se, assim, a ideia de que à Polícia é dada uma margem de discricionariedade dentro da qual pode a instituição atuar. Inexistindo outro órgão que possa complementar a atuação investigativa policial, uma das consequências é o monopólio das polícias acerca das matérias que devem, ou não, ser algo de apuração. Trata-se, indubitavelmente, de consequência indesejável a um Estado que se pretenda democrático.

Outra relevante vantagem decorrente da outorga de poderes investigatórios ao Ministério Público diz respeito ao fato de que, dessa forma, a instrução preliminar ficará a cargo do titular da ação penal, o que é fundamental, dado o caráter preparatório dessa fase da persecução criminal. No sistema de investigação policial,

Não pairam dúvidas de que o Ministério Público poderá requisitar a instauração de inquérito e/ou acompanhar a sua realização. Mas sua presença é secundária, acessória e contingente, pois o órgão encarregado de dirigir o inquérito policial é a polícia judiciária¹⁷⁶.

Portanto, com a assunção de poderes pelo Ministério Público, o protagonismo que este desempenha na fase judicial da persecução criminal se estenderá, igualmente, à fase preliminar desta.

Verifica-se, portanto, analisadas as razões da investigação pelo Ministério Público, que, entre os demais órgãos que promovem investigações criminais, a par das polícias, destaca-se o Ministério Público, cujo poder investigatório decorre do *munus* público que a Constituição lhe incumbiu. É dizer: o *dominus litis* – ou seja, legitimado ativo – da ação penal pública passou a não mais ser mero receptor de informações (*informatio delicti*) preparadas por outrem – a Polícia.

¹⁷⁴ FELDENS, Luciano; STRECK, Lênio Luiz. *Crime e Constituição. A legitimidade da função investigatória do Ministério Público*. 2003. p. 2-3.

¹⁷⁵ A título ilustrativo, vale demonstrar que, de 2004 a 2014, a Polícia Civil de São Paulo investigou somente 9,3% dos roubos que por si deveriam ter sido apurados. (CHAVES, Reinaldo. *Baixo número de inquéritos mostra “colapso” de órgãos de segurança*. Disponível em: <http://institutoavantebrasil.jusbrasil.com.br/artigos/124684033/policia-investiga-so-1-em-cada-10-roubos?utm_campaign=newsletter&utm_medium=email&utm_source=newsletter>. Acesso em 18.11.2014.).

¹⁷⁶ LOPES Jr., Aury. *Direito processual penal*. 2012. p. 282.

Entregar a investigação criminal ao Ministério Público, aliás, é prática recomendada pelo Código Modelo de Processo Penal para Íbero-América – apresentado, coincidentemente, em 1988, de modo que é, portanto, contemporâneo à Carta Política brasileira¹⁷⁷.

No mesmo sentido, asseveram Luciano Feldens e Lênio Streck:

Considere-se, ainda, que a investigação criminal exercida pelo Ministério Público não se consubstancia como uma regra geral. Melhor seria dizê-la confortada no plano da necessidade circunstancial. No mais das vezes, seu desencadeamento decorre ou da inconveniência casuística da instauração de um procedimento amplo como o inquérito policial ou mesmo da omissão da Polícia na investigação de determinados delitos, notadamente quando envolvidos agentes policiais¹⁷⁸.

Encerrando a exposição acerca dos motivos pelos quais deve o Ministério Público investigar, recorre-se à lição de Aury Lopes Jr., o qual, embora defensor do sistema de promotor de investigador, faz a seguinte ressalva:

É um modelo bastante disseminado e que apresenta algumas vantagens relevantes em comparação ao modelo policial, mas está muito longe de ser perfeito ou mesmo insuscetível de críticas. Inclusive, talvez como maior inconveniente, desequilibra radicalmente a estrutura dialética do processo, que já começa com olhar viciado e manipulado pelo próprio acusador. E, não raras vezes, conduz a uma via de mão única (prevalência, com gravíssimos inconvenientes para uma justa apuração dos fatos).

[...] Sempre dissemos que essa era a opção “menos problemática”, principalmente quando comparada com as demais (policial e judicial). Basta analisar as vantagens e o inconvenientes de sua estrutura, bem como o funcionamento em sistemas concretos [...], para concluir que a investigação a cargo do Ministério público é aquela em que os inconvenientes (igualmente existentes) são mais facilmente contornáveis e passíveis de superação.

Mas isso não significa que sejamos defensores ferrenhos do promotor investigador. Estamos muito longe disso, e sempre tivemos uma posição de desconfiança em relação ao acusador oficial, até porque ele não passa disso: uma parte acusadora, cuja tal imparcialidade só é alardeada por quem não sabe o que fala. Por quem não sabe o que é imparcialidade e desconhece a origem do Ministério Público (que nasce como contraditor natural do imputado e imposição do sistema acusatório) [...]. Acreditar na imparcialidade do Ministério Público é uma ilusão. A mesma ilusão de confiar ao lobo a melhor defesa do cordeiro...¹⁷⁹

Cabe asseverar, contudo, que, se o Ministério Público não assume a imparcialidade que do julgador é exigida, certamente não a dispensa por completo. É verdade que, concebido como órgãopositor ao acusado, o Ministério Público não abdica – e nem poderia fazê-lo – de alguma parcialidade. Também é verdade, por outro lado, que essa é a

¹⁷⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini. *A defesa penal e sua relação com a atividade probatória*. In: NUCCI, Guilherme de Souza; MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis (Org.). *Doutrinas Essenciais. Processo Penal*. 2013. p. 41-68.

¹⁷⁸ FELDENS, Luciano; STRECK, Lênio Luiz. *Crime e Constituição. A legitimidade da função investigatória do Ministério Público*. 2003. p. 111.

¹⁷⁹ LOPES Jr., Aury. *Direito processual penal*. 2012. p. 344.

instituição à qual a Constituição Federal confiou a defesa da ordem jurídica. Assim, se, à primeira vista, poderia parecer um contra senso que a instituição à qual incumbe, por excelência, a acusação no processo penal, promova investigações criminais, uma análise mais detida do Ministério Público e dos deveres constitucionais que lhe são impostos revela que é perfeitamente aceitável – quiçá recomendável! – que a instrução preliminar possa ser presidida por esse órgão.

A atribuição de poderes investigatórios ao Ministério Público é consectário lógico do sistema acusatório, pois confere àquele que deve formular a *opinio delicti* os poderes de buscar elementos que a embasem. Em outras palavras, retomando a metáfora supra citada por Aury Lopes Jr., o lobo pode não ser, efetivamente, o mais indicado agente ao qual se deve confiar a defesa do cordeiro; contudo, é, certamente, aquele que melhor avalia se o cordeiro deve, ou não, ser caçado, ou, tornando ao âmbito processual penal, se em face de um sujeito deve, ou não, ser realizada uma acusação¹⁸⁰.

4.3.3 Crimes frequentemente investigados pelo Ministério Público

A fim de se analisar os crimes que são frequentemente investigados pelo Ministério Público, no exercício de suas atribuições investigatórias, recorre-se, inicialmente, ao seguinte raciocínio:

Embora não tenha a Constituição lhe alçado à categoria de poder – e também não o tenha submetido a poder algum –, o Ministério Público foi incumbido de uma série de atribuições, dentre as quais a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis¹⁸¹.

Nesse íterim, é fundamental visualizar que reconhecer a atribuição investigatória do Ministério Público tem como consequência dar ensejo à persecução penal de crimes diversos daqueles que, infelizmente, ainda costumam compor o foco de grande parte das investigações policiais¹⁸².

¹⁸⁰ O próprio autor cuja ideia se contrapôs – Aury Lopes Jr. – discorreu em sentido semelhante ao aqui esposado: “o fato de o Ministério Público ser parte não colide com a necessária isenção que este órgão deve ter como fiscal da aplicação da lei. Afinal, enquanto órgão do Estado, “deve respeitar os imperativos legais e morais que governam a atuação estatal.” (LOPES Jr., Aury. *Direito processual penal*. 2012. p. 60.)

¹⁸¹ ALVES, Wendell de Melo Rodrigues. *A influência do poder investigatório do Ministério Público na dimensão positiva do princípio da proporcionalidade ante a criminalidade organizada no Brasil*. 2011. p. 194.

¹⁸² CALABRICH, Bruno Freire de Carvalho. *Investigação Criminal pelo Ministério Público: fundamentos e limites constitucionais*. 2006. p. 16. “A ‘clientela’ dessas investigações há muito foi apontada por Heleno Cláudio Fragoso, em frase que hoje já virou lugar comum: o preto, o pobre e a prostituta.” (*idem*).

Retoma-se, então, o raciocínio já formulado no subitem 4.2.3 deste capítulo: se as polícias já investigam de modo deficitário, é visível que essa cifra negra é ainda mais expressiva quando se trata de crimes distintos daqueles que tradicionalmente são alvo da repressão estatal. Isso acontece, sobretudo, porque o crime “normal”, violento – a injúria, o furto, o homicídio, o roubo, o tráfico de drogas etc. – tem expectadores reais ou potenciais. A criminalidade dos poderosos, por outro lado, ocorre, em regra, no escuro e sem possibilidades de observação. Embora, para todos os crimes, tenha-se uma cifra negra, em relação a estes últimos, a cifra é especialmente alta.

Nesse ínterim, essa lacuna na investigação criminal deixada pelas Polícias é passível de ser ocupada pela atuação investigativa do Ministério Público na seara criminal, que vem florescendo há não muitos anos, mas já apresenta positivos e concretos resultados. Assim, o Ministério Público soma-se às Polícias – sem pretender substituí-las – na elucidação de crimes, com foco em específicos delitos, comumente não investigados pelo aparato policial brasileiro.

Essa criminalidade que comumente não compõe os delitos que mais severamente são reprimidos pelas polícias é moderna e, como tal, assume características distintas daquelas que marcam os crimes mais “tradicionais”.

Na mesma senda, Átilo Antônio Cerqueira assevera que:

[...] são características dessa cognominada *nova criminalidade* a “vitimização” difusa, a “vitimização” transnacional e a capacidade corruptora, sendo exemplos os crimes contra a ordem tributária, econômica e financeira e os crimes praticados por organizações criminosas incrustadas na estrutura do Estado¹⁸³.

Além das novas características assumidas pela, também, nova criminalidade, o modo como são perpetrados os delitos no âmbito das organizações criminosas faz com que parte do instrumental processual penal, em especial no campo da prova, concebido para a criminalidade tradicional, revele-se ineficiente. A prova em delitos da criminalidade organizada é fragmentária e dispersa; assemelha-se a um verdadeiro mosaico, montado a partir de várias fontes diversas, para permitir chegar-se a uma conclusão, seja pela pluralidade de agentes, pela utilização da estrutura empresarial como anteparo, pela hierarquia e compartimentalização, e pela adoção sistemática de rotinas de segredo e destruição das provas. Assim é que se revela imprescindível, perante uma nova criminalidade, que seu enfrentamento se dê da forma adequada. Essa adequação, por sua vez, revela-se de diversas

¹⁸³ CERQUEIRA, Antônio Átilo, apud CALABRICH, Bruno Freire de Carvalho. *Investigação Criminal pelo Ministério Público: fundamentos e limites constitucionais*. 2006. p. 98.

maneiras, dentre as quais se pode destacar, porque cerne do presente trabalho, a assunção de poderes investigatórios pelo titular da ação penal, que terá condições para mais eficaz e brevemente proceder à apuração desses crimes.

4.4 A REALIZAÇÃO DE ATOS DE INVESTIGAÇÃO PELA DEFESA E O PRINCÍPIO DA PARIDADE DE ARMAS

4.4.1 A possibilidade da investigação privada pela defesa

Em um cenário em que as partes têm participação muito mais ativa na produção probatória, que adquiriu renovadas formas com a assunção de poderes investigatórios pelo Ministério Público, é ainda mais essencial que a paridade entre ambas seja guardada e, neste ponto, é também fundamental que o julgador – agora não mais principal o gestor da prova – garanta a manutenção desse equilíbrio processual.

Inclusive, na hipótese da investigação criminal realizada pelo Ministério Público, do próprio sistema acusatório de processo penal decorre a possibilidade de, também, a defesa proceder à apuração dos fatos objeto da persecução penal, uma vez que a gestão da prova, no aludido sistema, incumbe não mais ao juiz – agora um terceiro suprapartes¹⁸⁴ –, mas a ambas as partes.

Assim, a defesa passa a ocupar posição dupla na fase preliminar da persecução penal: o imputado¹⁸⁵ – não mais um mero objeto de investigações¹⁸⁶, mas também um sujeito ativo desta etapa da *persecutio criminis* – também toma parte na apuração dos fatos objeto da investigação, com vistas, é evidente, à proteção de seus interesses.

Como assevera André Augusto Mendes Machado,

De fato, esse tipo de investigação garante a indispensável paridade de armas entre a acusação e o imputado, pois permite a obtenção dos meios de prova relevantes para

¹⁸⁴ FERRAJOLI, Luigi *apud* CALABRICH, Bruno Freire de Carvalho. *Investigação Criminal pelo Ministério Público: fundamentos e limites constitucionais*. 2006.

¹⁸⁵ Antonio Scarance Fernandes define imputação como “um juízo pelo qual se atribui a alguém a prática de fato penal relevante”. A partir dessa noção, o autor divide a imputação em sentido amplo, que seria aquela existente na fase investigatória e que normalmente se concretiza por meio do indiciamento, e em sentido estrito, que decorreria do oferecimento de acusação formal e instauração da relação jurídico-processual (FERNANDES, Antonio Scarance. *Reação Defensiva à Imputação*. 2002. p. 103). Nesse trabalho, utiliza-se o termo “imputado” para indicar o sujeito passivo da instrução preliminar, isto é, aquele sobre o qual recai a imputação em sentido amplo.

¹⁸⁶ MACHADO, André Augusto Mendes. *A investigação Criminal Defensiva*. 2009. p. 86.

a defesa e que, no momento oportuno, serão utilizados para confrontar os dados materiais reunidos na investigação pública, tendencialmente acusatória.

Mais do que isso, a investigação defensiva serve para efetivar os referidos postulados, pois assegura ao imputado, desde o início da persecução penal, a possibilidade de afastar a acusação que lhe foi feita e, dessarte, evitar a instauração de ação penal infundada.

Por outra perspectiva, a investigação defensiva proporciona melhor averiguação dos fatos tidos como criminosos e, com isso, aumenta a eficiência da Justiça Penal. É que ela serve de contrapeso à perquirição realizada pelos entes públicos e amplia o campo cognitivo do Magistrado, fornecendo-lhe dados adicionais àqueles coligidos na investigação pública. Com isso, o Juiz terá melhor suporte material para analisar a imputação formulada e decidir sobre o seu destino¹⁸⁷.

Da prática investigativa pela defesa, embora ainda limitada, decorrem diversos benefícios, dentre os quais Francisco da Costa Oliveira enumera: (i) maior profundidade na investigação das circunstâncias favoráveis ao imputado; (ii) descondicionamento das investigações, normalmente dirigidas no sentido acusatório; (iii) intervenção direta na fixação preliminar do objeto do processo e (iv) maior antecipação das questões fáticas e jurídicas convenientes à defesa¹⁸⁸.

4.4.2 A prática investigativa nos grandes escritórios de advocacia

A fim de introduzir o presente subitem, há que se considerar que

não há, no direito processual penal brasileiro, regra a respeito da investigação pela defesa. Nada impede a sua realização, mas, além de o investigado não poder contar com a colaboração da polícia, eventuais elementos obtidos pela defesa são vistos com muita desconfiança pelos promotores e juízes e, em regra, pouco considerados¹⁸⁹.

Ou seja: a investigação defensiva, embora não regulamentada, é perfeitamente aceitável, embora seu acolhimento ainda se dê com as ressalvas sobreditas.

É desarrazoado, porém, esperar que a defesa tenha, em todos os casos, condições de promover uma investigação criminal absolutamente idênticas às que detêm as instituições oficiais. A parte processual sobre a qual pesa a maior – senão toda – carga probatória, no processo penal, é a acusação; a defesa, em diante de uma eventual ausência de provas, é beneficiada, em decorrência do princípio do *in dubio pro reo*. Assim, é natural que Ministério Público, polícias judiciárias e mesmo outros órgãos estatais estejam em posição

¹⁸⁷ MACHADO, André Augusto Mendes. *A investigação Criminal Defensiva*. 2009. p. 6-7.

¹⁸⁸ OLIVEIRA, Francisco da Costa. *A Defesa e a Investigação do Crime*. Almedina: São Paulo, 2004. p. 21-24.

¹⁸⁹ FERNANDES, Antonio Scarance. *Teoria Geral do Procedimento e o Procedimento no Processo Penal*. 2005. p. 355.

privilegiada, em relação à colheita de material probatório, em relação à defesa. Tal fato, todavia, de modo algum implica em desrespeito ao princípio da paridade de armas. Este, consoante já assinalado, embora seja princípio informativo de toda a persecução penal, não supõe que as partes ocupem posições diametricamente idênticas ao longo de toda aquela; impõe, sim, que sejam capazes de influir da mesma forma no provimento judicial final. Ora, é inquestionável que diversos mecanismos que beneficiam o réu – como os princípios do estado de inocência e do *in dubio pro reo*, a título ilustrativo – não representam quebra no equilíbrio de partes almejado pela paridade de armas.

Há que se ponderar, ademais, que a vantagem que se pode imaginar que os órgãos estatais detêm perante a defesa têm sobre a defesa é, de fato, em alguns casos, somente imaginação.

Não raro, verifica-se a existência de órgãos estatais enfraquecidos, cuja estrutura é insuficiente perante a demanda que lhes é apresentada. De outra banda, veem-se réus, sobretudo aqueles ligados às modernas formas de criminalidade, representados por escritórios de advocacia cuja estrutura investigativa – invariavelmente superior àquela de que dispõem as agências estatais – é usada em seu favor.

Neste norte, se a investigação criminal pelo Ministério Público já é prática que vem se consolidando nos últimos anos, há que se ressaltar que grandes e bem estruturados escritórios de advocacia criminal não têm ficado para trás: como também lhes é franqueada a possibilidade de promover atos investigativos, realizam-nos. Na verdade, o que se tem verificado, em contato com integrantes de bancas de advocacia, é que não se trata, propriamente, de uma investigação realizada em paralelo àquela presidida pelo Ministério Público ou pela Polícia; cuida-se, na realidade, da colheita de elementos probatórios aptos a lastrear a tese defensiva e a confrontar aqueles colhidos e apresentados pela acusação.

Portanto, constata-se que, embora, tradicionalmente, a investigação criminal seja atividade exercida pelas polícias e, mais hodiernamente, por outros órgãos – a exemplo do próprio Ministério Público –, há algum tempo, contudo, tem-se observado que grandes escritórios de advocacia, munidos de uma intrincada miríade de profissionais de diversas áreas, têm igualmente exercido tal atividade. Novamente, trata-se de hipótese incomum, mas que se tem verificado com maior frequência.

4.5 A INVESTIGAÇÃO REALIZADA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO E PELA DEFESA E O PRINCÍPIO DA PARIDADE DE ARMAS

4.5.1 A investigação realizada pelo Ministério Público e o princípio da paridade de armas

Questão que se debate – e que é especialmente cara ao presente trabalho – é a suposta violação ao princípio da paridade de armas que resultaria da possibilidade de o Ministério Público promover investigações criminais. Douglas Fischer assim sintetiza a problemática: “para (tentar) afastar o poder investigatório, também se diz que conferir tais poderes ao Ministério Público implicaria em malferimento do princípio da paridade de armas”. O autor, então, prossegue, arguindo que,

[...] num Estado Democrático de Direito, ao inocente investigado nada melhor que o fato seja apurado em sua totalidade e de forma mais célere possível (eficiência), especialmente a quem incumbe a defesa de tais primados (art. 127, CF). Além disso, não há se falar no procedimento investigatório em “vantagens” e “desvantagens” (paridade ou sua ausência). Se fosse válido esse argumento, enquanto não apurado o fato investigado, a desvantagem seria do interesse coletivo, violado que foi pela conduta pendente de apuração. O que não se pode admitir em nossa compreensão é que, invocados *indevidamente* os escólios garantistas, se pretenda – mesmo que inconscientemente – a “primazia da impunidade”. [...] o que se pretende é que a sociedade passe a ser vista como responsável pela quebra do princípio da igualdade – onde o próprio criminoso apareceria como principal prejudicado por essa situação – e beneficiária imerecida de mais armas para atuar no processo penal. [...] o ideal pretendido é sempre o de uma paridade de armas *para mais*, nunca *para menos*, ou seja, há se outorgar ou ampliar direitos a quem não os tem em vez de impedir que uma parte possa exercer os direitos que legalmente (sobretudo constitucionalmente) foram atribuídos.

De qualquer forma, se o escólio garantista é o fundante para aqueles que invocam a violação da paridade de armas como forma de afastar a possibilidade de investigação pelo Ministério Público, uma vez mais se apresenta como essencial acorrer à fonte doutrinária. Segundo Ferrajoli, para que a questão se desenvolva lealmente e com paridade de armas, é necessária a perfeita igualdade das partes: em primeiro lugar, que a defesa esteja dotada da mesma capacidade e dos mesmos poderes da acusação. Em segundo lugar, que se admita seu papel de contraditor em todo momento e grau do procedimento e em relação com qualquer ato probatório. Basta verificar que, para Ferrajoli, a quebra de paridade de armas decorria da presença de um juiz instrutor no processo formal, ocupando lugar na instrução sumária, e da exclusão de um defensor inclusive na fase de apuração dos fatos (como era na tradição inquisitiva).¹⁹⁰

Ademais, a adoção do sistema de promotor investigador, ainda que em parte – dado que não se discute a persistência dos poderes investigatórios das polícias –, implica em aproximação com a estrutura dialética do processo, embora publicidade e contraditório ainda

¹⁹⁰ FISCHER, Douglas. *Investigação criminal pelo Ministério Público: Sua determinação pela Constituição brasileira como garantia do investigado e da sociedade*. 2009. p. 57-62.

sejam limitados, uma vez que tal característica é inerente à fase preliminar da persecução penal. Da mesma forma, a investigação criminal pelo Ministério Público respeita imposição do sistema acusatório ao garantir a imparcialidade do juiz, mantendo-o afastado da investigação; fortalece-se, assim, o juiz, cuja atividade, na investigação, restringe-se a julgar¹⁹¹.

4.5.2 A investigação realizada pela defesa e o princípio da paridade de armas

No que toca à relação entre a investigação defensiva e a paridade de armas, é essencial visualizar que aquela figura como instrumento apto a garantir o equilíbrio entre as partes em um processo penal acusatório, pois assegura, também na instrução preliminar, a isonomia entre os sujeitos envolvidos na persecução penal e reforça o direito de defesa do imputado.

Os novos limites que delineiam a investigação criminal, sensivelmente alterados desde quando – ainda de modo bastante incipiente – o Ministério Público passou a presidir instruções preliminares, despertaram a atenção para a relevância da investigação criminal defensiva. É o que se extrai da leitura da obra de Antonio Scarance Fernandes:

A prática evidenciou que o Ministério Público, quando encarregado de dirigir ou supervisionar a investigação, foca sua atenção na obtenção de elementos que possam sustentar a sua futura acusação o que acaba prejudicando a pessoa suspeita, tendo em vista o risco de desaparecerem informes importantes para a sua defesa e demonstração de sua inocência. Decorre, daí, a preocupação em abrir para o investigado a possibilidade de investigação privada [...]. Trata-se de assunto que, com o avanço do Ministério Público para a investigação também entre nós, provavelmente, passará a ser objeto de maior atenção¹⁹².

A mudança produzida pela assunção de poderes investigatórios pelo Ministério Público reflete-se no equilíbrio de armas entre as partes, que, inegavelmente, adquiriu uma nova estrutura com esse novo fenômeno. É certo, consoante já se afirmou, que o princípio da paridade de armas não pressupõe um equilíbrio estático entre as partes; a paridade de armas revela-se, assim, como equilíbrio dotado de dinamismo. Portanto, certas desigualdades, contanto que justificadas, são aceitas. A investigação criminal, a propósito, é fase da persecução penal em que mais claramente se observa um desequilíbrio da igualdade das partes

¹⁹¹ LOPES Jr., Aury. *Direito processual penal*. 2012. p. 269.

¹⁹² FERNANDES, Antônio Scarance. *Rumos da investigação no direito brasileiro*. 2002. p. 13.

– sem que o princípio da paridade de armas seja olvidado, é bom rememorar – em desfavor do imputado.

Isso não impede, porém, que se busque a igualdade sempre que possível. No mesmo sentido, discorre Marcos Alexandre Coelho Zilli:

Em outras palavras, o reforço dos poderes de uma das partes da relação processual não pode ser arquitetado sem um correspondente reforço em favor da parte contrária. E, nessa dinâmica, não se pode olvidar figurar o acusado, invariavelmente, em uma posição inferiorizada e que será tão mais acentuada quanto mais graves forem os desníveis sociais do país. Logo, mudanças constitucionais e processuais dirigidas à implementação de poderes investigatórios ao Ministério Público deverão vir acompanhadas, necessariamente, de uma permissão, em igual medida, para o investigado¹⁹³.

Em sentido semelhante, assevera André Augusto Mendes Machado:

Se o *Parquet* for o responsável pela investigação pública, é de rigor, em atenção aos postulados da igualdade e da ampla defesa, que se faculte ao imputado a possibilidade de exercer atividade investigatória, a fim de reunir elementos de convicção aptos a afastar a imputação que pesa contra si¹⁹⁴.

Assim, além de fundamental ao equilíbrio entre as partes que vigorar ao longo de toda a persecução criminal, a investigação defensiva é decorrência dos constitucionalmente consagrados princípios da ampla defesa e do contraditório. Usualmente, o exercício do direito de defesa, na investigação criminal, circunscreve-se à assistência advocatícia prestada ao imputado e, vez ou outra, também se verifica nos momentos em que a defesa, fazendo uso da faculdade que lhe é concedida pelo artigo 14 do Código de Processo Penal¹⁹⁵, pugna pela realização de diligências.

Assim, no momento em que, inauguralmente, discorreu-se acerca da investigação criminal no presente trabalho, apontou-se que, naquela fase preliminar da persecução penal, não vige o contraditório em sua plenitude – senão em sua forma diferida –, o que de forma alguma exclui a garantia da ampla defesa.

A ampla defesa, na instrução preliminar, instrumentaliza-se pela constituição de procurador em defesa dos interesses do imputado – defesa técnica – e pela autodefesa. Não se restringe, contudo, a isso: há, como possibilidade franqueada ao imputado, a investigação criminal defensiva, que se revela como eficiente instrumento na defesa de seus direitos.

¹⁹³ ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. *Os bons ventos de Haia*. 2008. p. 14.

¹⁹⁴ MACHADO, André Augusto Mendes. *A investigação Criminal Defensiva*. 2009. p. 36.

¹⁹⁵ “Art. 14. O ofendido, ou seu representante legal, e o indiciado poderão requerer qualquer diligência, que será realizada, ou não, a juízo da autoridade.”

Essa investigação surge como decorrência de um verdadeiro direito à prova, que, como consequência dos princípios do contraditório e da ampla defesa, nada mais é que a possibilidade de as partes processuais levarem à autoridade julgadora elementos que demonstrem a veracidade de suas alegações. Referido direito, logo se vê, é irmanado ao princípio da paridade de armas, que revela como uma de suas facetas a possibilidade de as partes influírem igualmente no provimento judicial final.

Pondera Antônio Magalhães Gomes Filho no sentido de que:

[...] um verdadeiro direito subjetivo à prova, cujos titulares são as partes no processo (penal, no nosso caso), supõe considerar que as mesmas devem estar em condições de influir ativamente em todas as operações desenvolvidas para constituição do material probatório que irá servir de base à decisão; nessa visão, a prova, antes de tudo, deve ser atividade aberta à iniciativa, participação e controle dos interessados no provimento jurisdicional¹⁹⁶.

Assim, constata-se que a verdadeira efetivação do direito de defesa, em sua plenitude, se revela com a possibilidade de se promover a investigação defensiva, muito mais ampla que a simples participação do defensor nos autos da investigação criminal estatal. Acerca do tema, discorre André Augusto Mendes Machado:

Saliente-se, outrossim, que a investigação defensiva não se confunde com a participação do defensor nos autos da investigação pública. Apesar de ambas as formas serem concretização do direito de defesa e, mais particularmente, dos direitos à prova e à investigação, elas não se equivalem. Ao participar da investigação pública, o defensor está circunscrito aos rumos dados à persecução prévia pelo órgão público e sua intervenção restringe-se à proteção dos interesses mais relevantes do imputado, principalmente seus direitos fundamentais.

Na investigação defensiva, que se desenvolve totalmente independente da investigação pública, cabe ao defensor traçar a estratégia investigatória, sem qualquer tipo de subordinação às autoridades públicas, devendo apenas respeitar os critérios constitucionais e legais de obtenção de prova, para evitar questionamentos acerca da sua licitude e do seu valor. De maneira simplificada: enquanto na investigação pública o defensor é mero coadjuvante, na investigação defensiva ele assume o papel de protagonista.

Por isso, a investigação defensiva permite uma participação muito mais abrangente e efetiva da defesa, em prol do imputado, do que a simples intervenção na investigação pública¹⁹⁷.

A investigação defensiva, portanto, além de mecanismo que compensa a assunção de poderes investigatórios pelo Ministério Público, é corolário do direito de defesa que se exerce em toda a persecução penal, inclusive em sua fase extrajudicial.

¹⁹⁶ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Notas sobre a terminologia da prova (reflexos no processo penal brasileiro)*. 2005. p. 307.

¹⁹⁷ MACHADO, André Augusto Mendes. *A investigação Criminal Defensiva*. 2009. p. 37.

4.5.3 O cotejo entre a investigação realizada pela defesa e a investigação realizada pelo Ministério Público

Embora seja instrumento cuja utilização tenha como consequência o equilíbrio entre os sujeitos que figuram na investigação criminal, a investigação defensiva, por óbvio, não se equipara àquela promovida pelos órgãos públicos. A principal distinção reside no fato de que, por ser espécie de investigação privada, não goza de imperatividade. Ou seja, o defensor não tem poderes coercitivos no exercício de suas atividades investigatórias e, por isso, depende do consentimento do titular do direito para obter determinada informação.

E o elemento que, por excelência, diferencia as investigações estatais das privadas é, basicamente, a ausência de imperatividade, ou seja, de poder de coerção destas últimas. Assim, quando o particular investiga por conta própria, conta apenas com seus esforços pessoais e com a colaboração voluntária de outras pessoas e de entes públicos ou privados.

De fato, enquanto o inquérito policial – procedimento investigatório de utilização amplamente majoritária no sistema processual brasileiro – é caracterizado por limitada participação do imputado, com o objetivo de tutelar seus interesses mais relevantes, principalmente seus direitos fundamentais, a investigação defensiva é dirigida pelo defensor, que define a sua própria linha investigatória, com o propósito de reunir, lícitamente, dados materiais favoráveis ao imputado e capazes de influir no convencimento judicial.

Verifica-se, então, que a adoção da prática investigatória pela defesa é-lhe especialmente importante, uma vez que, na instrução preliminar levada a cabo pelos órgãos estatais, tem pouco ou mesmo nenhuma participação – o contraditório, embora existente, é, reitere-se, diferido.

A inquestionável possibilidade de investigação criminal pela defesa é, ademais, instrumento adequado para mitigar a natural desigualdade entre as agências estatais e o sujeito passivo da persecução penal, em atenção ao princípio da paridade de armas.

Assim, a investigação criminal defensiva revela-se como instrumento a serviço da defesa do imputado que lhe permite recolher dados materiais úteis ao resguardo de seus direitos. Pode intentar comprovar, apenas a título ilustrativo, um álibi, a ausência de responsabilidade do imputado em virtude da ação de terceiros, a existência de causas excludentes de ilicitude ou culpabilidade, deficiências técnicas nas diligências investigativas, dentre outras tantas possibilidades. Surge, na investigação defensiva, a possibilidade de até

mesmo provocar a participação de outros peritos, com vistas a contraditar provas periciais que tenham sido produzidas no bojo da investigação levada a cabo pelos agentes estatais.

Pode-se avistar mais distante e, a partir do direito à prova, inferir também o direito das partes à investigação. Nessa linha, ressalta Antonio Magalhães Gomes Filho que

o direito à prova também deve ser reconhecido antes ou fora do processo, até como meio de se obter elementos que autorizem a persecução, ou possam evitá-la. Partindo dessa constatação, parece possível identificar, num primeiro momento, um direito à investigação, pois a faculdade de procurar e descobrir provas é condição indispensável para que se possa exercer o direito à prova; na tradição inquisitória, as atividades de pesquisa probatória prévia constituem tarefa confiada exclusivamente aos órgãos oficiais da investigação penal (Polícia Judiciária e Ministério Público), mas, no modelo acusatório, com a consagração do direito à prova, não ocorre ser possível negá-las ao acusado e ao defensor, com vistas à obtenção do material destinado à demonstração das teses defensivas¹⁹⁸.

Sob esse prisma, visualiza-se a investigação defensiva como garantia fundamental do imputado, peculiar a um processo de partes – acusatório, portanto –, na medida em que constitui instrumento para a concretização dos direitos constitucionais de igualdade e de defesa.

De fato, consoante o princípio da isonomia, as partes devem ter paridade de armas, ou seja, os mesmos direitos, ônus e deveres, em cada grau e estado do procedimento. Assim, se, de um lado, existe a investigação pública – cujo objetivo precípua é reunir material probatório para amparar a *opinio delicti* do Ministério Público ou da acusação privada –, de outro deve-se permitir que o imputado, por meio de seu defensor, efetue atividade investigatória para suportar as suas teses de defesa.

Com efeito, a defesa, por meio de sua investigação privada, procura, de um lado, afastar as imputações trazidas pela acusação e, de outro, comprovar as suas proposições, pelo menos até o ponto em que a dúvida penda a seu favor.

Pois bem. Foram abordados, neste capítulo, três elementos essenciais à compreensão do problema inicialmente formulado e da hipótese àquele correspondente: a investigação policial, com enfoque nas suas deficiências, em especial nas lacunas que deixa; a investigação criminal pelo Ministério Público, explanada sua origem e ressaltados os seus principais fundamentos; e, por fim, a investigação defensiva.

O primeiro ponto leva, imediatamente, ao segundo, uma vez que é exatamente no cenário criado por uma investigação policial deficiente e deficitária que a investigação criminal pelo Ministério Público surge como eficiente complemento – e não, reiterar-se, como

¹⁹⁸

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Direito à prova no processo penal*. 1997. p. 86-87.

substitutivo. Tal prática, que vem se consolidando com sucessivas inovações legislativas e com o fortalecimento da instituição – proporcionado, sobretudo, pela Constituição Federal – já é realidade e, embora ainda contestada, uma realidade que não se pode ignorar, de sorte que as consequências da assunção de poderes investigatórios pelo *Parquet* devem ser analisadas.

É nesse contexto, criado através do desenvolvimento da investigação criminal pelo *Parquet*, que surge o questionamento – acerca do qual orbita este trabalho –, relativo a uma eventual violação à paridade de armas resultante da assunção, pelo sujeito ativo da persecução penal, de poderes investigatórios.

Entra em cena, então, a investigação defensiva, que demonstra que, como em tantas outras situações processuais em que há uma circunstancial desigualdade entre as partes, engendram-se mecanismos tendentes a reestabelecer tal equilíbrio. É evidente que, por ser a fase extrajudicial da persecução penal, a instrução preliminar apresenta particularidades que fazem com que não haja um perfeito equilíbrio entre as partes. Tal circunstância, contudo, não implica violação à paridade de armas.

5 CONCLUSÃO

1. A conclusão que se obtém com a presente pesquisa – e que soluciona a indagação que a motivou – é no sentido de que a investigação criminal pelo Ministério Público não implica em violação ao princípio da paridade de armas.

2. Essencialmente, é possível dizer, inicialmente, que a paridade de armas, entendida como equilíbrio dotado de dinamismo, não impõe a observância de uma igualdade simétrica entre as partes ao longo de toda a persecução criminal. Algumas situações proporcionam e mesmo impõem que se dispense tratamento diferenciado aos sujeitos envolvidos na persecução penal.

3. Essa conclusão é uma decorrência da compreensão de que a investigação se situa na etapa preliminar da *persecutio criminis*: a investigação criminal. Assim, embora composta de diferentes partes, a persecução criminal é uma e rege-se, no seu decorrer, pelos mesmos princípios processuais penais.

4. A unicidade da *persecutio criminis*, contudo, não conduz à conclusão de que aquela é estática; pelo contrário, à medida que se desenvolve, a persecução criminal apresenta novas nuances. É assim que, por exemplo, o princípio do contraditório vige, na instrução criminal, somente de forma mitigada, ao passo em que é imprescindível à etapa judicial.

5. Essa conclusão, também, decorre da compreensão de que a defesa, no processo penal, é essencial à ação penal e se caracteriza, exatamente, pela contraposição entre acusação e defesa, medida por um julgador imparcial, com igual certeza se é imprescindível durante a investigação criminal, na qual é desempenhada de forma distinta; não deixa de ser, contudo, indispensável e, dessa maneira, são diversas as formas de seus exercícios: cita-se, a título ilustrativo, a autodefesa, a defesa técnica e, especialmente relevante para o presente trabalho, a investigação defensiva, cuja possibilidade decorre, justamente, do princípio da paridade de armas.

6. Especificamente, acerca do princípio da paridade de armas, demonstrou-se que a igualdade entre as partes não é estática, mas, sim, um equilíbrio em movimento, que ora pende a favor de um dos atores da persecução penal, ora em favor de outro. Essa compreensão é fundamental para afastar a ideia de que municiar alguma das partes, em dada situação processual, com armas mais consideráveis que as da parte adversa constitui violação à paridade de armas.

7. Esse desequilíbrio se deve, certamente, às normas processuais penais – destacados, neste íterim, os princípios processuais pertinentes. A fim de se comprovar esse raciocínio, foram demonstradas situações que bem simbolizam a desigualdade, que, circunstancialmente, pode haver entre as partes.

8. Também porque é imprescindível ao propósito desta pesquisa – especialmente, em relação à função que à investigação criminal incumbe –, distinguiram-se, bastante claramente, a instrução pré-processual e a instrução processual, haja vista que, embora ambas tenham por cerne a produção de evidências, prestam-se a finalidades diferentes.

9. Sobre a investigação criminal propriamente dita, abordaram-se, sob diferentes prismas, nas suas formas que mais interessam ao presente trabalho, a investigação criminal realizadas pelas polícias, pelo Ministério Público e pela defesa.

10. Em relação à investigação criminal conduzida pelas polícias, sem olvidar-se de que se trata da principal forma ainda utilizada no sistema processual penal brasileiro, foram apontadas as suas deficiências, em especial concernentes à apuração deficitária de certas espécies de delitos, ao passo em que outros são tidos como alvos prioritários.

11. No que tange à investigação criminal pré-processual conduzida pelo Ministério Público, frisou-se o seu desenvolvimento histórico, as previsões contidas no artigo 47 do Código de Processo Penal, na Lei da Ação Civil Pública, de 1985, até os dias atuais, com relevante destaque à Constituição Federal.

12. Ainda em relação à instrução pré-processual conduzida pelo Ministério Público, discorreu-se sobre os crimes que compõem seu alvo preferencial, em complementação à atuação das polícias, destacando-se, por oportuno, que o Ministério Público não pretende substituir-se às polícias, senão a estas se somar.

13. Em seguida, abordou-se a investigação defensiva, sustentando-se que a possibilidade de sua realização é decorrência do sistema acusatório, ao qual é peculiar a contraposição da acusação e da defesa, bem como é autorizada pela maximização do princípio da paridade de armas durante a fase preliminar da persecução penal.

14. Demonstrou-se que a possibilidade de realização de investigação defensiva é um dos fatores que evidencia que a condução da instrução preliminar pelo Ministério Público não ofende a paridade de armas.

15. Assim, cotejados os três pontos acerca do qual se versou, essencialmente, no último capítulo – a investigação policial e suas deficiências, a investigação pelo Ministério

Público e a investigação defensiva –, e que tiveram seu sustento fornecido pelos capítulos anteriores, verifica-se que se, assim como em outras situações processuais verificadas ao longo da persecução penal, a instrução preliminar não apresenta um equilíbrio entre as partes absolutamente equânime, o princípio da paridade de armas, ainda assim, resta incólume mesmo que o Ministério Público promova a investigação criminal, uma vez que tal preceito, como equilíbrio dotado de dinamismo que é, não impõe absoluta e imutável igualdade entre as partes. Além disso, elemento fundamental para que a hipótese de o Ministério Público investigar não redunde em violação à paridade de armas é a possibilidade, conferida à defesa, de ela própria realizar sua investigação dos fatos.

17. A conclusão que se obteve, portanto, considerando o exposto ao longo dos três capítulos que compõem o presente trabalho, pode ser sintetizada na possibilidade de o Ministério Público conduzir investigações criminais sem que isso implique ofensa ao princípio da paridade de armas.

6 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1. ALVES, Wendell de Melo Rodrigues. *A influência do poder investigatório do Ministério Público na dimensão positiva do princípio da proporcionalidade ante a criminalidade organizada no Brasil*. In Boletim Científico – Escola Superior do Ministério Público da União. Brasília: ESMPU, ano 10, n. 34, jan./jun. 2011. Semestral. p.193-237.
2. ARAÚJO, José Osterno Campos de. *Paridade de armas e processo penal de partes e processo penal de partes. Sim à Constituição, não à exacerbação do direito de defesa*. Teresina, ano 15, n. 2630, 13.09.2010. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/17379>>. Acesso em: 11.08.2014.
3. BALDAN, Edson Luis. *Investigação Defensiva*. In: NUCCI, Guilherme de Souza; MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis (Org.). *Doutrinas Essenciais. Processo Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
4. BALTAZAR JR., José Paulo. *Limites constitucionais à investigação. O conflito entre o direito fundamental à segurança e o direito de liberdade no âmbito da investigação criminal*. p.196. In *Limites Constitucionais da Investigação*. Coord. Rogerio Sanches Cunha, Pedro Taques, Luiz Flavio Gomes. São Paulo: Revista Tribunais, 2009.
5. BARROS, Flaviane de Magalhães. *(Re)forma do processo penal: Comentários críticos dos artigos modificados pela leis n. 11.690/08 e n. 11.719/08*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.
6. BISSOLI FILHO, Francisco. *Linguagem e Criminalização: a constitutividade da sentença penal condenatória*. Curitiba: Juruá, 2011.
7. BITENCOURT, Cêzar Roberto. *Falência da pena de prisão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.
8. CALABRICH, Bruno Freire de Carvalho. *Investigação Criminal pelo Ministério Público: fundamentos e limites constitucionais*. 2006. 235 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Faculdade de Direito de Vitória, Vitória, 2006.
9. CÂMARA, Guilherme Costa. *A Investigação Criminal desenvolvida pelo Ministério Público e o problema das “Cifras Negras”*. Disponível em <<http://sisnet.aduaneiras.com.br/lex/doutrinas/arquivos/cifras.pdf>>. Acesso em 30.08.2014, às 22h.
10. CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

11. CHAVES, Reinaldo. *Baixo número de inquéritos mostra “colapso” de órgãos de segurança.* Disponível em: http://institutoavantebrasil.jusbrasil.com.br/artigos/124684033/policia-investiga-so-1-em-cada-10-roubos?utm_campaign=newsletter&utm_medium=email&utm_source=newsletter. Acesso em 18.11.2014.
12. CHOUKR, Fauzi Hassan. *Garantias Constitucionais na Investigação Criminal*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
13. COSTA, Paula Bajer Fernandes Martins da. *Igualdade no direito processual penal brasileiro*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.
14. DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Processual Penal*. Coimbra: Coimbra, 1974.
15. EISELE, Andreas. *Crimes contra a ordem tributária*. 2. ed. São Paulo: Editora Dialética, 2002.
16. FELDENS, Luciano. *Tutela Penal de Interesses Difusos e Crimes do Colarinho Branco: por uma relegitimação da atuação do Ministério Público: uma investigação à luz dos valores constitucionais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.
17. FELDENS, Luciano; STRECK, Lênio Luiz. *Crime e Constituição. A legitimidade da função investigatória do Ministério Público*. 1. ed. São Paulo: Editora Forense, 2003.
18. FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
19. FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo Penal Constitucional*. São Paulo: 1999.
20. _____. “Rumos da investigação no direito brasileiro” in Boletim do Instituto Manoel Pedro Pimentel, Ano V, nº 21, jul./set. 2002.
21. _____. *Processo Penal Constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
22. _____. *Teoria Geral do Procedimento e o Procedimento no Processo Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
23. FISCHER, Douglas; OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Comentários ao Código de Processo Penal e sua jurisprudência*. 5. ed., rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2013.
24. FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. 37. ed. Petrópolis: Editora Vozes, 2009.

25. GARCIA, Basileu. *Da ação penal*. NUCCI, Guilherme de Souza; MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis (Org.). *Doutrinas Essenciais. Processo Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
26. GOMES, Luiz Flávio. *De 5% a 8% dos homicídios são elucidados no Brasil*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-ago-30/coluna-lfg-homicidios-sao-elucidados-brasil>>. Acesso em 18.11.2014.
27. GOMES, Luiz Flávio. *O aumento no número de policiais previne a delinquência?* Disponível em: <http://professorlfg.jusbrasil.com.br/artigos/112349268/o-aumento-no-numero-de-policiais-previne-a-delinquencia?utm_campaign=newsletter&utm_medium=email&utm_source=newsletter>. Acesso em 23.09.2014.
28. GOMES, Luiz Flávio; BUNDUKY, Mariana Cury. *Crimes contra o patrimônio são os principais responsáveis por prisões no Brasil*. Jus Navigandi, Teresina, ano 17, n. 3143, 8 fev. 2012. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/21037>>. Acesso em: 18 nov. 2014.
29. GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Comentários à convenção americana sobre direitos humanos: Pacto de San José da Costa Rica*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
30. GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Direito à prova no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.
31. _____. *Notas sobre a terminologia da prova (reflexos no processo penal brasileiro)*. In: YARSHEL, Flávio Luiz; MORAES, Maurício Zanóide de. *Estudos em homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: DPJ, 2005.
32. GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. Rio de Janeiro: Aide, 1992.
33. GRINOVER, Ada Pellegrini. *A defesa penal e sua relação com a atividade probatória*. In: NUCCI, Guilherme de Souza; MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis (Org.). *Doutrinas Essenciais. Processo Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
34. _____. *Defesa, contraditório, igualdade e a par conditio na ótica do processo de estrutura cooperatória. Novas tendências do direito processual*. Rio de Janeiro: Forense, 1990.
35. LOPES, Marcus Vinícius Pimenta. *A paridade de armas no processo penal*. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 05.09.2013. Disponível em:

<<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.45031&seo=1>>. Acesso em: 11.08.2014.

36. LOPES Jr., Aury. *Direito Processual Penal*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
37. _____. *Sistemas de investigação preliminar no processo penal*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
38. LOPES Jr., Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Investigação Preliminar no Processo Penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
39. LOPES Jr., Aury; ROSA, Alexandre Moraes da. *Contraditório no Processo Penal não é amor, mas é tão complexo quanto*. Em: <<http://www.conjur.com.br/2014-jun-13/contraditorio-processo-penal-nao-amor-tao-complexo-quanto>> Acesso em: 14.06.2014.
40. MACHADO, André Augusto Mendes. *A investigação Criminal Defensiva*. 2009. 212 f. Dissertação (Mestrado) – Curso de Direito, Faculdade de Direito de da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009.
41. MALAN, Diogo Rudge. *Defesa penal efetiva*. In: NUCCI, Guilherme de Souza; MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis (Org.). *Doutrinas Essenciais. Processo Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
42. MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal*. v. 1. Campinas: Bookseller, 1997.
43. NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal Comentado*. 12. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.
44. OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. São Paulo: Atlas, 2014.
45. OLIVEIRA, Francisco da Costa. *A Defesa e a Investigação do Crime*. Almedina: São Paulo, 2004.
46. PEREIRA, Eliomar da Silva. *Investigação Criminal: uma introdução jurídico-científica*. São Paulo: Editora Almedina, 2011.
47. RAMOS, João Gualberto Garcez. *A audiência processual penal: doutrina e jurisprudência*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.
48. RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2014.
49. ROSA, Alexandre Moraes da. *Guia Compacto do processo penal conforme a teoria dos jogos*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2013.
50. SALLES Jr., Romeu de Almeida. *Inquérito Policial e Ação Penal: indagações, doutrina, jurisprudência, prática*. São Paulo: Editora Saraiva, 1998.

51. SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Brasileiro*. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.
52. TUCCI, Rogério Lauria. *Teoria do Direito Processual Penal: jurisdição, ação e processo penal (estudo sistemático)*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.
53. ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. “Os bons ventos de Haia” In: *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, nº 190, setembro/2008.